

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA, Campus de
Campolide, 1099-032 Lisboa

Dissertação de Mestrado (Área das Ciências Jurídico Empresariais)

Data da conclusão: Julho de 2009

Data da discussão pública : 24.11.2009

Professor Orientador: Professor Doutor José João Abrantes

***O OBJECTO DO CONTRATO DE TRABALHO E A MOBILIDADE
FUNCIONAL - DO DL 49408 DE 1969 AO CÓDIGO DO TRABALHO REVISTO DE
2009***

*Qual o balanço dos últimos 50 anos? Poder de variação do empregador versus
tutela do trabalhador: os trabalhadores estarão hoje menos protegidos?*

Trabalho que procura fazer uma abordagem ao objecto do contrato de trabalho desde o DL 49408 de 1969 até ao Código de Trabalho de 2009, aprovado pela Lei 7/2009, realçando as alterações legislativas sofridas ao longo dos anos, abordando a distinção entre a mobilidade funcional e algumas figuras afins e procurando responder a algumas questões no âmbito da polivalência e da mobilidade funcional à luz do Código do Trabalho revisto.

Autora: HELENA GOMES DE MELO

ÍNDICE

Modo de citar

Abreviaturas e siglas utilizadas

Nota prévia

1. Introdução

1.1. Formulação do problema

1.2. Metodologia seguida

CAPÍTULO I

PARTE GERAL

2. Referências constitucionais

3. O princípio da boa fé no Direito do Trabalho

4. Do objecto do contrato de trabalho

5. Do poder de direcção do empregador

CAPÍTULO II

6. O objecto do contrato de trabalho no DL 49408, de 24 de Novembro de 1969 (na redacção originária)

6.1. A categoria

6.2. Da obrigatoriedade ou não da atribuição da categoria

7. A relação de trabalho como relação jurídica tendencialmente duradoura – o seu reflexo no objecto do contrato de trabalho

8. O poder concedido ao empregador no n° 2 do art. 22° do DL 49408

8.1. Razões que determinaram o *ius variandi*

8.2. Requisitos dos *ius variandi*

8.2.1. A exigência do interesse da empresa

8.2.2. A mudança temporária

8.2.3. Não modificação substancial da posição do trabalhador

8.2.4. Inexistência de estipulação em contrário

8.3. O tratamento mais favorável

9. A natureza jurídica do ius variandi

CAPÍTULO III

10. As alterações introduzidas pelo artigo 6º da Lei 21/96, de 23 de Julho ao artigo 22º do DL 49 408

11. Requisitos da polivalência funcional

11.1. A função normal

11.2. A qualificação e a capacidade

11.3. A afinidade ou ligação funcional com as actividades que correspondem à função normal

11.4. A acessoriedade das actividades

11.5. Proibição de desvalorização profissional e de diminuição da retribuição

11.6. Direito à reclassificação

12. Algumas questões no âmbito da polivalência funcional

12.1. Polivalência funcional: natureza imperativa ou supletiva?

12.2. Motivação da ordem de alteração de funções

CAPÍTULO IV

13. As alterações introduzidas pelo Código do Trabalho, aprovado pela Lei 99/2003, de 27 de Agosto

13.1. Os requisitos do artigo 151º do CT de 2003

13.1.1. As funções afins ou funcionalmente ligadas

13.1.2. A qualificação profissional adequada do trabalhador

13.1.3. A não desvalorização profissional do trabalhador

13.1.4. Abandono da ideia de acessoriedade das funções afins ou funcionalmente ligadas

13.1.5. Efeitos retributivos

13.2. As alterações introduzidas ao *ius variandi*

CAPÍTULO V

14. As alterações introduzidas pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro

14.1. No âmbito do objecto do contrato de trabalho

14.2. No âmbito da mobilidade funcional

14.2.1. Às cláusulas de mobilidade

14.2.2. À definição e interpretação do carácter temporário

14.3. Consagração da possibilidade de afastamento do disposto nos n.ºs 1 a 5 do art. 120º do CT de 2009 por instrumento de regulamentação colectiva

14.4. Frequência do recurso ao *ius variandi*

CAPÍTULO V

15. Distinção do *ius variandi*/mobilidade funcional de figuras afins

15.1. Distinção da polivalência funcional

15.2. Distinção da alteração temporária do horário de trabalho

15.3. Distinção da transferência temporária do local de trabalho

15.4. Distinção da cessão de trabalhadores

15.5. Distinção da promoção

15.6. Distinção da comissão de serviço

CAPÍTULO VI

16. Algumas questões no âmbito da polivalência e da mobilidade funcional à luz do Código do Trabalho de 2009

16.1. Da inaplicabilidade do despedimento por inadaptação ao trabalhador que se encontra a desempenhar funções diferentes das contratadas ao abrigo da mobilidade funcional

16.2. Poderá a entidade patronal atribuir ao trabalhador funções não compreendidas no objecto do contrato nos casos de extinção do posto de trabalho?

16.3. Algumas questões que o recurso à polivalência e à mobilidade funcional podem suscitar nos contratos de trabalho a termo

16.4. Meios de reacção do trabalhador a uma ordem de atribuição de funções em que não tenham sido observados os requisitos da polivalência funcional ou da mobilidade funcional

16.5. O direito à reclassificação nos casos em que o acesso ao lugar é feito mediante concurso

16.6. Regime das cláusulas contratuais gerais

16.7. Ónus da prova

CAPÍTULO VII

17. Síntese e conclusões

Bibliografia

MODO DE CITAR

As referências bibliográficas, no caso de monografias, são citadas pelo nome do autor, título da obra, número do volume e edição, local da publicação, editora, data e página.

Relativamente a artigos, as referências são feitas pelo nome do autor, nome do artigo, obra ou revista onde o mesmo se encontra publicado, tradutor, ano, número da publicação, volume, edição, local da publicação, editora, data e página (excepto no caso das publicações periódicas em que não é mencionado o local da publicação e o editor).

A primeira citação de cada obra contém todas as referências bibliográficas, enquanto as seguintes contêm a sigla *op.cit.* e a indicação do número da(s) página(s).

Nas situações em que são feitas menções de diversas obras de um mesmo autor, a segunda citação e as subsequentes contêm sempre a indicação completa ou abreviada do título da monografia ou do artigo, seguida de *op.cit.* e da indicação do número da(s) página(s).

A lista bibliográfica final apresenta todas as obras consultadas e citadas ao longo da dissertação, contendo a referência completa dos elementos enunciados e pela ordem referida. Os nomes são apresentados por ordem alfabética do apelido do autor.

Quando são incluídas diversas obras de um autor na lista bibliográfica, as referências são feitas por ordem cronológica, do trabalho mais antigo para o mais recente.

Nas referências a autores no texto da dissertação, é utilizado o nome pelo qual o autor é usualmente conhecido. Nas menções feitas nas notas de rodapé, o nome do autor é indicado como consta na lista bibliográfica.

As traduções foram efectuadas pela autora, salvo quando se indica o responsável pela tradução.

Todas as decisões jurisprudências citadas no texto e nas notas de rodapé que não contêm a referência à fonte, foram consultadas na base de dados da Direcção-Geral dos Serviços Informáticos, no sítio www.dgsi.pt. A citação dos acórdãos recolhidos da base de dados é feita pelo nome do tribunal, data, nome do juiz relator e número do processo onde foi proferida a decisão. A citação dos acórdãos retirados das Colectâneas de Jurisprudência é efectuada por indicação da fonte, ano, tomo e página. Os acórdãos retirados das demais

fontes – BTE, BMJ e AJ - são também indicados pelos elementos necessários para a sua identificação, mas também, tal como no caso dos acórdãos retirados das Colectâneas de Jurisprudência, sem indicação do relator.

A jurisprudência foi seleccionada numa perspectiva crítica e pela sua relevância para o presente estudo.

ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
AD	Acórdãos Doutrinais
AJ	Actualidade Jurídica
al. (als)	Alínea(s)
anot.	Anotação
art. (arts.)	Artigo(s)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BTE	Boletim do Trabalho e Emprego
CC	Código Civil
CCT	Convenção Colectiva de Trabalho
Crf.	Conforme
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CT	Código do Trabalho
CT revisto	Código do Trabalho aprovado pela 7/2009, de 12 de Fevereiro
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed. e ed.	Edição
ESC	Estudos Sociais e Corporativos
et. al.	E outros
nº (nºs)	Número(s)
<i>op.cit.</i>	Obra citada
QL	Questões Laborais
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RST	Revista Sociedade e Trabalho
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Trad.	Tradução
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra

TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
v.g.	Por exemplo
Vol.	Volume

NOTA PRÉVIA

O papel que o contrato de trabalho mantém e manterá sempre no panorama dos contratos de direito privado, pela sua importância na vida social e económica, constituindo para a grande percentagem das pessoas o garante da sua sobrevivência e, simultaneamente, momento de realização e enriquecimento pessoal, constituiu a razão da escolha da área laboral para esta dissertação. O flagelo do desemprego, que tem aumentado nos últimos anos, demonstra bem a importância do trabalho como factor de integração social. O cidadão privado de emprego perde progressivamente a sua socialização, excluindo-se aos poucos da sociedade, o que culmina no seu isolamento.

Dentro do leque imenso de matérias passíveis de ser escolhidas pela grande riqueza deste ramo de direito, a opção acabou por recair num tema que tem sido muito tratado pela doutrina nacional, o que permitiu aceder a muita e valiosa investigação: o objecto do contrato de trabalho e a figura da mobilidade funcional, nome que actualmente é atribuído ao *ius variandi*.

O contrato de trabalho é um contrato que se caracteriza pela existência de subordinação jurídica no qual as partes não estão numa situação de igualdade, desde logo económica, com interferência protectora do legislador, de modo a colmatar a situação de inferioridade da parte mais fraca, o trabalhador. Específico do contrato de trabalho é o poder conferido ao empregador (credor da prestação de trabalho) de determinar a actividade do trabalhador (devedor da mesma prestação) em cada momento da sua execução, poder esse que deverá respeitar os condicionalismos legais e os direitos fundamentais do trabalhador.

Optámos preferencialmente pelo recurso a obras nacionais de referência neste âmbito, consultou-se também alguma (pouca) doutrina estrangeira e as decisões jurisprudenciais, num período que abrangeu os últimos vinte e cinco anos.

Pretendemos apresentar uma visão abrangente do tema, percorrendo as alterações legislativas desde a publicação do DL 49 408, de 24 de Novembro de 1969 até ao actual Código do Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, de modo a obter um panorama da evolução da noção de objecto do contrato de trabalho e dos poderes do

empregador de modificar a prestação laboral, analisando o instituto da polivalência funcional, introduzido pelo artigo 6º da Lei 21/96 de 23 de Julho, e o do *ius variandi*.

Tendo sempre presente o objecto da dissertação, fizemos ainda uma pequena incursão em temas que lhe estão próximos e que se nos afiguraram importantes para este estudo.

1. INTRODUÇÃO

O objecto do contrato de trabalho é, desde logo, um tema complexo, uma vez que envolve a pessoa do trabalhador. Não é apenas a força de trabalho que está em causa, mas também a personalidade do trabalhador, o que este coloca de si nessa prestação, os seus conhecimentos e as suas aspirações, o que faz do objecto do contrato de trabalho um objecto único no mundo jurídico.

Durante muitos anos e até ao Código do Trabalho aprovado pela L 99/2003, de 27 de Agosto, a definição de objecto de contrato de trabalho era, para alguns autores, coincidente com a definição de categoria. Impõe-se, assim, pela sua relevância, um estudo deste conceito que engloba em si diversas acepções.

O Código de Trabalho de 2003 veio afastar de vez essa ideia, que já tinha começado a ser posta em causa com a publicação da Lei 21/96, de 23 de Julho.

Em estreita correlação com o tema, encontra-se outra questão complexa e que tem sido objecto de vasta produção doutrinária portuguesa e estrangeira - o poder de direcção do empregador e, dentro do elenco de poderes em que este se desdobra, o poder conformativo da prestação. É ao empregador que incumbe, em cada momento, determinar o objecto do contrato de trabalho, limitado por algumas balizas.

O contrato de trabalho é, em regra, uma relação jurídica duradoura que vai ser influenciada, nomeadamente, pela evolução tecnológica e pelas alterações na estrutura organizativa da empresa. É esse carácter tendencialmente duradouro e a necessidade de dotar o empregador de meios para fazer face a algumas situações que não podia prever no momento da celebração do contrato que estão na base do *ius variandi*, mais tarde apelidado pelo legislador de 2003 de mobilidade funcional, verdadeira excepção ao princípio da contratualidade e da invariabilidade da prestação. Posteriormente, a cada vez mais aclamada flexibilidade que se pretende arvorar como remédio para todos os problemas que o mercado laboral tem vindo a atravessar nas últimas décadas, nascida na sequência do aumento de desemprego, veio também repercutir-se na noção de objecto de contrato de trabalho, redefinindo-a e conferindo-lhe um maior âmbito, ao abranger as funções afins e funcionalmente ligadas.

1.1. Formulação do problema

Com este estudo, procurámos acompanhar a evolução legislativa desde o DL 49408, analisando este diploma e as alterações que foram sendo introduzidas no nosso ordenamento jurídico desde 1969, relativamente ao objecto do contrato de trabalho e ao *ius variandi*, a fim de nos permitir concluir pela maior ou menor amplitude dos poderes do empregador no presente século. Iremos reflectir sobre as implicações da flexibilidade que se tornou uma prioridade no domínio do direito do trabalho nos últimos anos do século passado e o seu reflexo nos direitos adquiridos pelos trabalhadores. Com o Código do Trabalho de 2003 várias vozes se levantaram, chamando a atenção para o alargamento dos poderes dos empregadores. Terá efectivamente tal alargamento ocorrido, por comparação com a anterior legislação? E se ocorreu, o Código do Trabalho de 2009 manteve a mesma tendência? O Direito do Trabalho está a perder o seu pendor proteccionista do contratante mais fraco – o trabalhador - e está a aproximar-se do Direito Civil? Estarão efectivamente os trabalhadores menos protegidos? Tentámos, para cada problema que foi surgindo ao longo deste estudo, dar um pequeno contributo para a sua solução ou, pelo menos, chamar a atenção para a sua existência.

1.2. Metodologia seguida

Estudámos e comparámos os diplomas legislativos desde 1969. Efectuámos a leitura e reflexão das obras de referência, quase exclusivamente dos autores nacionais, pesquisa, que se pretendeu abrangente, dos artigos publicados sobre a temática ou com relevância para a mesma, pesquisa das decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais das Relações nas Colectâneas de Jurisprudência dos últimos vinte e cinco anos, pesquisa das decisões jurisprudenciais existentes na base de dados da Direcção-Geral de Serviços de Informática (www.dgsi.pt) e ainda das constantes de outras publicações com interesse para a dissertação e assistência a conferências onde a temática deste trabalho foi abordada.

Pretendemos fazer uma análise pormenorizada do DL 49408 na sua versão inicial e com as alterações introduzidas pela L 21/96. Relativamente ao Código de Trabalho aprovado pela L 99/2003 e ao Código de Trabalho aprovado pela L 7/2009, procurámos, maioritariamente, salientar as alterações introduzidas pelos mesmos, comparativamente com o DL 49408.

Tivemos a preocupação, a propósito de cada assunto tratado, indicar as referências jurisprudenciais que considerámos relevantes, assim como as posições doutrinárias, seja numa perspectiva crítica, para reforçar o que pensávamos ou para dar a conhecer posições divergentes.

CAPÍTULO I

PARTE GERAL

2. Referências constitucionais

No domínio do Direito do Trabalho, atenta a natureza dos interesses em confronto, há que ter sempre presente os limites decorrentes do princípio da boa fé e da Constituição.

Fala-se geralmente de uma constituição laboral que constitui o “conjunto dos princípios e regras constitucionais no domínio do Direito do Trabalho” e onde assenta todo o Direito do Trabalho”.^{1 2}

Fazem parte desta constituição laboral as normas dos artigos 53º (segurança no emprego), 54º (comissão de trabalhadores), 55º (liberdade sindical), 56º (direito das associações sindicais e contratação colectiva), 57º (direito à greve e proibição do lock-out), inseridos no Capítulo III do Título II sob a epígrafe Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e 58º (direito ao trabalho) e 59º (direitos dos trabalhadores), inseridas no Capítulo I do Título III denominado Direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

Na Constituição estão assim consagrados direitos individuais gerais, direitos individuais dos trabalhadores, direitos colectivos ou de exercício colectivo e direitos de participação.³

A existência de um capítulo dedicado aos direitos liberdades e garantias dos trabalhadores é demonstradora do relevo que este tema tem na Constituição.

A temática dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho tem uma extraordinária importância, dada a especificidade da prestação de trabalho a qual, como já referimos, é inseparável da pessoa do trabalhador e é caracterizada pela existência de

¹ MIRANDA, Jorge - “A Constituição laboral ou do trabalho”. Estudos do Direito do Trabalho. Vol I. Coimbra: Almedina, 2001, p.17.

² É na Constituição alemã de Weimar, de 1919, que pela primeira vez são incluídos diversos princípios laborais, tendo constituído um exemplo para os textos constitucionais que se lhe seguiram que passaram, igualmente, a incluir esses princípios no seu texto, mormente, consagrando um número de direitos colectivos dos trabalhadores

³ LEITE, Jorge – *Direito do Trabalho*. Vol. I, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra – Serviço de Textos, Coimbra, 1999, p.119.

subordinação jurídica, realidades que tornam a ameaça dos direitos fundamentais mais iminente.

O envolvimento da personalidade do trabalhador decorre de três factores: “o grau de indeterminação da actividade laboral (indeterminada mas determinável), não só na fase inicial do contrato de trabalho, mas ao longo de toda a sua vigência; a inseparabilidade da actividade laboral em relação à pessoa do trabalhador, que torna a prestação de trabalho um bem jurídico singular; e a própria componente organizacional do contrato de trabalho”.⁴

A doutrina tem interpretado em diversos sentidos a norma do artigo 18º do CRP, no que concerne à vinculação das entidades privadas. Neste domínio, o que está em causa, segundo Jorge Miranda, é “...essa tensão tão marcante do nosso tempo, entre realidade e concepção vindas de matizes históricas diferentes que, todavia, um Estado de Direito democrático deverá conduzir a uma síntese, por um lado a garantia da autonomia privada e da liberdade civil contra a invasão do poder do Estado, por outro lado, a defesa da liberdade contra poderes sociais infra-estruturais e a realização de uma igualdade efectiva nos contratos”.⁵

O problema da eficácia dos direitos fundamentais é saber se estes podem ser directamente invocados pelas partes nas relações laborais entre si estabelecidas, sendo certo que esta eficácia tem que ser compatibilizada com o princípio da autonomia privada.

Estando consagrados direitos fundamentais dos trabalhadores em normas preceptivas e outros em normas programáticas, apenas estão em causa nesta temática as normas de exequibilidade imediata, pois só quanto a estas se poderá suscitar a questão da sua eficácia nos vínculos de direito privado.⁶

Defendem a eficácia directa e imediata dos direitos fundamentais, designadamente, José João Abrantes⁷ e Gomes Canotilho e Vital Moreira.⁸ Em sentido contrário, Menezes

⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa”. Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2002, p.394.

⁵ MIRANDA, Jorge – *A Constituição de 1976*. Lisboa, 1978, p.352 e ss apud MORAIS, Isaltino (et. al.) – *Constituição da República Portuguesa – anotada e comentada*. Lisboa: Rei dos Livros, 1983, p. 46 (anotações ao artigo 18º).

⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa”, op.cit., p.402.

⁷ ABRANTES, João José – *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990, p.94.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Martins – *Constituição da República Portuguesa – Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.147.

Cordeiro⁹ que apenas admite uma eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, recorrendo aos princípios civis gerais como a boa fé e o abuso de direito para os impor a entidades privadas.

Não cabe no âmbito desta dissertação uma tomada de posição sobre os entendimentos doutrinários identificados. Contudo, dada a estrutura da relação de trabalho, em que não existe igualdade entre as partes, assistindo a uma delas – o empregador – o poder de direcção e à outra – o trabalhador – o dever de obediência, numa relação em que este envolve, necessariamente, a sua própria pessoa, trata-se de um contrato em que se torna imperiosa a actuação dos direitos fundamentais,¹⁰ com vista à protecção da dignidade da pessoa humana, o primeiro valor defendido pelos referidos direitos.¹¹

No contrato de trabalho temos, por um lado, os direitos do trabalhador, mas, por outro, os da entidade patronal: a liberdade de empresa e de iniciativa privada, direitos nos quais assentam os direitos do empregador. A problemática dos direitos fundamentais tem a ver com a delimitação dos direitos de ambos, tendo o direito do trabalho de se harmonizar com os preceitos constitucionais, procurando uma “...aplicação do direito, que, a partir da ideia de unidade da Constituição, alcance a concordância prática de todos os interesses envolvidos”, aplicando-se o disposto no artigo 18/3 da CRP, sendo apenas “...admissíveis limitações dos direitos fundamentais que não afectem a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e que, além disso, se mostrem justificadas por critérios de necessidade e de proporcionalidade”.¹²

Em decisões jurisprudenciais¹³ têm sido aplicadas directamente disposições constitucionais, como o princípio de “para trabalho igual, salário igual” previsto na al. a) do nº1 do art. 59º da CRP.

Maria do Rosário Palma Ramalho, depois de enunciar as diversas posições doutrinárias, tendo em conta a tendência jurisprudencial, parece propender para a eficácia

⁹ CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português, I* (Parte Geral), Tomo I, Coimbra, 1999, p. 158 e 163.

¹⁰ ABRANTES, José João - “Contrato de trabalho e direitos fundamentais”. *Direito do Trabalho -Memórias*. Coimbra: Almedina, 1999, p.105

¹¹ ABRANTES, José João – “ O Código do Trabalho e a Constituição”. *QL*. Ano X, 2003, nº 22, p. 136 e 137.

¹² ABRANTES, José João. – “Contrato de trabalho e direitos fundamentais”, *op.cit.*, p.112 e 114.

¹³ Nomeadamente, no Ac. do STJ de 08.02.1995, CJ, Ano XX, Tomo I, p. 267.

directa dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Mas mesmo que assim não se entenda, defende que o problema terá que ser resolvido com soluções alternativas que podem passar pelo recurso à figura do abuso de direito ou pela aplicação do regime de tutela dos direitos de personalidade.¹⁴

Actualmente assume especial relevo a problemática dos direitos de cidadania do trabalhador. Não é por se ter vinculado num contrato de trabalho que os seus direitos enquanto cidadão deixam de existir, sofrendo, contudo, algumas limitações.

3. O princípio da boa fé no Direito do Trabalho

A implicação da própria pessoa do trabalhador no contrato de trabalho e da sua personalidade e o carácter tendencialmente duradouro das relações de trabalho conduzem a que o princípio da boa fé tenha necessariamente que ter um papel relevante no direito do trabalho.

Dispõe o nº 1 do art. 126º do CT revisto, aprovado pela L 7/2009, de 12.2. que o empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações. Tratou-se assim de transpor para o ordenamento laboral o princípio geral da boa fé no cumprimento das obrigações constante do art. 762º do CC e no exercício dos direitos – art. 334º do CC.¹⁵

Como diz José João Abrantes¹⁶ o aspecto da boa fé, como critério de hetero-integração contratual, “– de que muitos exemplos sugestivos podem ser encontrados a propósito da noção de justa causa de despedimento ou, de uma forma geral, de infracção disciplinar – deve ser particularmente tido em conta ..., na medida em que, enquanto princípio geral de exercício de direitos (inclusive, dos direitos fundamentais) e de cumprimento de obrigações (v.g. laborais), representa um vector fundamental da aplicação

¹⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa”, op.cit., p.407-408. Em sua opinião podem ser opostos aos direitos fundamentais dos trabalhadores três tipos de limites: limites imanentes, extrínsecos e voluntários (ob. cit., p.411 e ss).

¹⁵ Anotação de MARTINEZ, Pedro Romano, BRITO, Pedro Madeira de, DRAY, Guilherme, no Código do Trabalho anotado de MARTINEZ, Pedro Romano (et.al). 2ª edição revista. Coimbra: Almedina, 2004, p.214.

¹⁶ *Contrato de trabalho e direitos fundamentais* (Dissertação de Doutoramento). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.175, 176 e 178.

dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho”. E, mais à frente, diz aquele autor que, em “termos gerais, pode dizer-se que a boa fé representa um critério de conduta de cada um dos sujeitos da relação obrigacional, um ‘arquétipo de conduta social’, caracterizado no essencial pela lealdade e fidelidade à palavra dada, pelo respeito devido às legítimas expectativas dos outros interessados na relação, pela actuação conforme às regras do procedimento honesto, esmerado e diligente – por outras palavras, pela actuação em conformidade com “as exigências profundas da natureza das coisas, da justiça, da lealdade”. É nesse clima que aqueles sujeitos devem desenvolver a sua convivência, cumprindo, não só o conteúdo estrito do contrato, mas ainda tudo aquilo que, em cada caso concreto, é imposto pelos referidos valores de ordem ética. Numa palavra, eles devem proceder *como pessoas de bem*” (itálico do autor).

Além do princípio da boa fé estar expressamente consagrado no CT revisto, os arts.127º e 128º do mesmo diploma contêm normas que podem ser consideradas como emanações do princípio da boa fé.

Monteiro Fernandes¹⁷ refere do lado do trabalhador, como manifestações do princípio da boa fé, o dever de respeito perante o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa (al. a) do nº 1 do art. 128º do CT revisto), a realização do trabalho com zelo e diligência (al. c) do nº1 do art. 128º do CT revisto), o guardar lealdade ao empregador e o dever de não concorrência e de sigilo relativamente às informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios (al. f) do nº 1 do art. 128º do CT revisto).

A lealdade e a honestidade enquanto valores morais têm sido entendidos pela jurisprudência como valores absolutos que não admitem graduações. Haverá justa causa de despedimento, por ter sido quebrada definitivamente a relação de confiança, quando o trabalhador tenha praticado um furto à sua entidade patronal ou com quem esta se relacione (clientes, fornecedores, etc.), independentemente do valor.¹⁸

¹⁷ FERNANDES, António de Lemos Monteiro - “Reflexões acerca da boa-fé na execução do contrato de trabalho”. V Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias. Coimbra: Almedina, 2003, p.109-126.

¹⁸ No Ac. do TRP, de 14.03.2005, CJ, Ano XXX, Tomo II, p.227, considerou-se que a retirada pelo trabalhador da quantia de cinco euros da carteira de um idoso, internado num lar pertencente à sua entidade patronal, guardada na mesinha de cabeceira, junto à sua cama, constituía justa causa de despedimento, devido à quebra de confiança que a entidade patronal nele depositava.

Quanto às outras condutas enunciadas, já os tribunais não deixam de ponderar tanto a culpa como as consequências do comportamento, procedendo a graduações, pelo que os valores protegidos não revestem o mesmo valor absoluto que a lealdade e a honestidade.

Do lado do empregador temos igualmente a consagração do dever de respeito (al. a) do nº 1 do art. 127º do CT revisto), o pagamento pontual da retribuição (al. b) do nº 1 do art. 127º do CT revisto) e o dever de ocupação efectiva (al. b) do nº 1 do artº 129 CT) revisto.

A estes acresce, segundo João Correia,¹⁹ do lado do trabalhador o dever de pontualidade e assiduidade, promover ou executar todos os actos tendentes à melhoria da produtividade da empresa, cumprir as prescrições sobre segurança e saúde no trabalho que decorram de lei ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (als. b), h) e j) do nº1 do art. 128º do CT revisto). E do lado do empregador, o dever de informação perante o trabalhador, a formação contínua, a prevenção de acidentes e a segurança e higiene no ambiente de trabalho (als. c) d) i) e, h) do nº1 do artº 127º do CT revisto) e a colaboração com as associações sindicais e patronais.

O cumprimento do princípio da boa fé está assim imposto a ambas as partes, que o devem observar tanto na formação do contrato como na sua execução.

Tal como no direito civil a figura do abuso de direito tem também aplicação no direito do trabalho, para paralisar os efeitos de situações de flagrante violação do princípio da boa fé, nomeadamente na modalidade de *venire contra factum proprium*, em que está em causa a tutela do princípio da confiança.

4. Do objecto do contrato de trabalho

Como é sabido, o que está em causa no objecto do contrato de trabalho é um comportamento humano que é desenvolvido sob a autoridade e a direcção de outrem que se traduz numa prestação de *facere*, o que significa que implica uma actividade positiva.²⁰ É esta característica de estar sob a autoridade e direcção de outrem que caracteriza a

¹⁹ CORREIA, João – “Da boa-fé na execução do contrato de trabalho”. IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho, Memórias. Coimbra: Almedina, 2007, p.298.

²⁰ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1994, p.15 e 16.

subordinação jurídica que distingue o contrato de trabalho de outros contratos de direito privado.

Com a celebração do contrato de trabalho, o trabalhador, mediante certas balizas quantitativas e qualitativas, obriga-se “...a colocar e manter a sua força de trabalho (conjunto de aptidões psíquicas e físicas) disponível pela entidade patronal.”²¹ E refere-se a disponibilidade da força de trabalho e não apenas a força de trabalho, porque, efectivamente, o trabalhador não deixa de cumprir o contrato quando está inactivo por razões que não lhe são imputáveis.²² Se por qualquer razão, o empregador não dá trabalho ao trabalhador, desde que ele se mantenha à sua disposição nos termos quantitativa e qualitativamente acordados, está a cumprir a sua obrigação.

Indeterminabilidade é talvez a melhor expressão para qualificar o objecto do contrato de trabalho. Contudo, a prestação do trabalhador não estando totalmente determinada é determinável mediante as ordens emanadas pelo empregador. Há um critério objectivo para a determinação da prestação. De outro modo, seria nulo o contrato por violação do disposto no n.º 1 do art. 280º e art. 400º, ambos do Código Civil.^{23 24}

É por demais conhecido como exemplo académico de nulidade do contrato por indeterminabilidade do objecto o caso extremo do trabalhador que se obriga a efectuar qualquer tarefa.²⁵

²¹ FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*. 13ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p.129.

²² MONTEIRO, António de Lemos Fernandes – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.129.

²³ MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*. 3ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.418.

²⁴ No mesmo sentido de MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.419, defendendo que é através do poder determinativo da função que se resolve a indeterminação da prestação laborativa, XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A determinação qualitativa da prestação de trabalho”. Separata da revista ESC., Ano III, n.º10, 1964, p.5.

²⁵ Para VILAR, António – “Flexibilidade e polivalência”. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coimbra: Almedina, 1998, p.149, a essencialidade de determinação do objecto do contrato é um requisito de ordem pública.

Além da referida característica, o objecto do contrato de trabalho tem que ser possível física e legalmente e lícito, tal como é exigível nos demais contratos.²⁶ São exemplos académicos de nulidade, o caso em que uma pessoa se obriga a dactilografar mil páginas por hora, ou de uma pessoa surda que se obriga a desempenhar funções de telefonista, por impossibilidade física,²⁷ ou o caso do trabalhador que se obriga a exercer funções públicas num contrato com um empregador particular, por impossibilidade legal. Será nulo por ilicitude, o contrato em que alguém se obriga a falsificar documentos, por se tratar de actos contrários à lei. Será ilícito, por contrário aos bons costumes, o contrato em que alguém se obriga a prostituir-se.²⁸

Tendo em conta uma noção ampla de objecto, Pedro Romano Martinez²⁹ entende que há outros aspectos a considerar na dependência da idoneidade do objecto e que são a habilitação e a carteira profissional.

Há determinadas actividades para cujo exercício se exige determinados requisitos, de que são exemplos, o exercício da medicina e da advocacia. Se o trabalhador não tiver a habilitação necessária, nem a necessária carteira profissional, no sentido das competentes inscrições na Ordem dos Médicos e na Ordem dos Advogados e, no entanto, celebrar um contrato de trabalho para o exercício de alguma dessas actividades, o contrato de trabalho será nulo (nº 1 do art. 117º do Código de Trabalho de 2009). Trata-se de um caso de impossibilidade jurídica, conforme defende o mesmo professor³⁰ e não de impossibilidade material. Se o trabalhador tinha a habilitação necessária e perdeu-a por decisão que não admite recurso, então o caso será de caducidade (nº 2 do art. 117º do CT de 2009).

²⁶ No sentido de que os demais requisitos do artigo 280º, com excepção da determinabilidade, não apresentam qualquer particularidade no contrato de trabalho, MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.418.

²⁷ VEIGA, António Jorge de Motta – *Lições do Direito do Trabalho*. 8ª edição revista e actualizada. Lisboa: Universidade Lusíada, 2000, p. 362, considera este caso e de todos em que a impossibilidade resulte de condições pessoais do trabalhador, como de impossibilidade subjectiva.

²⁸ Introduziram-se neste trabalho, os exemplos dados por VEIGA, António Jorge de Motta, op.cit., p. 362 e 363, os quais são, aliás, em parte, comuns a outros autores.

²⁹ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.419.

³⁰ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.420.

O objecto da prestação de trabalho irá ser acordado entre o empregador e o trabalhador de acordo com as necessidades do primeiro e corresponderá a uma vaga no quadro de pessoal da organização empresarial.³¹

5. Do poder de direcção do empregador

O poder de direcção do empregador é inerente à sua qualidade de empresário e detentor dos meios de produção. Este poder está patente na noção de contrato de trabalho. O reverso deste poder de direcção é o dever de obediência a que o trabalhador está adstrito. O trabalhador deve obediência às ordens e instruções emanadas pelo empregador e que resultam do exercício do poder de direcção de que é titular. A lei não estabelece qualquer presunção de legitimidade das ordens emanadas da entidade empregadora.

A indeterminação inicial do objecto da prestação laboral veio justificar atribuição ao empregador de um poder através do qual ele conforma e direcciona a prestação laboral, poder que vai exercer ao longo da relação de trabalho com o fim de atingir os seus objectivos e poder que exercita quando recorre ao *ius variandi*.

O poder de direcção é um poder jurídico³² e não um concreto poder de facto, dotado de uma protecção legal.

Há autores que defendem um conceito amplo de poder de direcção e outros que defendem um conceito restrito. Os primeiros entendem que é o poder onde se compreendem todas as faculdades do empregador que têm entre si uma relação, desdobrando-se num poder determinativo da função, num poder conformativo da prestação, num poder regulamentar e num poder disciplinar. Os segundos, consideram no poder de direcção a identificação de duas manifestações essenciais compartimentadas de tal poder: uma manifestação determinativa inicial, pela qual o empregador atribui ao trabalhador uma dada função e consequentemente um conjunto de tarefas e lhe atribui uma posição na sua organização produtiva, e, em segundo lugar “uma manifestação conformativa subsequente”

³¹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo Xavier – “A determinação qualitativa da prestação de trabalho”, op.cit., p.20.

³² Segundo ASSIS, Rui – *O Poder de direcção do empregador – Configuração e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.56.

e que se traduz no poder que o empregador detém de emitir ordens relativamente ao modo diário de cumprimento das funções do trabalhador.³³

CAPÍTULO II

6. O objecto do contrato de trabalho no DL 49408, de 24 de Novembro de 1969 (na redacção originária)

6.1. A categoria

Estatuía o nº1 do art. 22º do DL 49408, diploma ao qual doravante se referem todas as indicações legislativas que não tenham menção expressa da fonte, que o trabalhador devia, em princípio, exercer uma actividade correspondente à categoria para que fora contratado.

Para delimitação do poder determinativo da função do empregador³⁴ e para proteger o profissionalismo do trabalhador, até ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei 99/2003, consagrou-se a categoria como a grande referência para determinar a actividade do trabalhador e como tal o objecto do contrato de trabalho.

Conhecedor da desigualdade entre as partes no âmbito do contrato de trabalho, pendendo o desequilíbrio para o lado do trabalhador, de modo a repor essa igualdade, o legislador tem assumido um papel mais protector deste último. E é esse seu papel protector que levava a que no nº 1 do art. 22º se consagrasse que o trabalhador devia, em princípio, exercer uma actividade correspondente à categoria para que fora contratado. A categoria profissional era pois uma forma de exprimir o objecto do contrato de trabalho.³⁵

³³ ASSIS, Rui, op.cit., p.86.

³⁴ O poder determinativo da função compreendido no poder de direcção do empregador, "... designa a actividade do empregador no sentido de atribuir ao trabalhador uma função ou posto de trabalho na empresa, desde que se insira no tipo genérico de prestação convencionada que constitui o objecto do contrato", segundo XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª edição com aditamento actualizado. Lisboa: Verbo, 1995, p.325

³⁵ Conforme refere AMADO, João Leal – *Contrato de trabalho – à luz do novo Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.236, "A categoria surgia como uma espécie de couraça, constituindo um importante limite ao poder de direcção do empregador, o qual, em princípio, apenas operava no respeito por esse limite, isto é, dentro do círculo de funções inerentes à categoria."

Segundo António Nunes de Carvalho,³⁶ o termo categoria profissional tem diversas acepções, embora com um denominador comum: trata-se sempre de uma relação entre um trabalhador, por si mesmo, ou no contexto de um grupo, e um conjunto de funções ou tarefas, variando o significado da expressão de acordo com a lógica e a intencionalidade da conexão que se estabelece entre a posição do trabalhador, ou grupo de trabalhadores, e a função, ou conjunto de funções.

Esta expressão aplicada à situação jurídica do trabalhador subordinado – que é a que nos interessa nesta sede – designa também uma extensa gama de realidades, segundo o mesmo autor³⁷ e que a seguir se enumeram:

- . categoria subjectiva - as aptidões técnico-profissionais ou as habilitações do trabalhador ou até uma posição singular no mercado de trabalho;
- . categoria contratual – o conjunto de funções para as quais o trabalhador foi contratado;
- . categorial empresarial – a posição que o trabalhador ocupa na organização patronal ou no posto de trabalho constante do respectivo quadro;
- . categoria real – o conjunto de tarefas que o trabalhador efectivamente executa;
- . categoria normativa – perfil profissional definido na convenção colectiva e que se traduz num determinado tratamento remuneratório.

As acepções mais utilizadas pela jurisprudência são a categoria normativa (ou categoria-estatuto) e a categoria-função. A categoria normativa é “uma denominação formal correspondente à função desempenhada pelo trabalhador, dada pelo instrumento de regulamentação colectiva do trabalho aplicável ou pelo regulamento da empresa”³⁸ e a categoria-função é aquela que resulta do contrato estabelecido entre as partes.³⁹ Para que se aplique ao trabalhador uma determinada convenção colectiva é necessário que o mesmo seja filiado numa das associações sindicais outorgantes, assim como a sua entidade patronal (princípio da filiação – art. 496º do CT revisto). Poderá ainda ser-lhe aplicável por força de

³⁶ CARVALHO, António Nunes de – “Reflexões sobre a categoria profissional (a propósito do Código do Trabalho)”. Estudos de Direito em homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea. Coimbra: Almedina, 2004, p.126-127.

³⁷ CARVALHO, António Nunes de – “Reflexões sobre a categoria profissional...”, op., p.130.

³⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Direito do Trabalho Parte II – Situações laborais individuais*. Coimbra: Almedina, 2006, p.391.

³⁹ Sobre a diferença entre categoria estatuto e categoria-função ver Ac. do STJ, de 05.02.2009 (relator Bravo Serra), proferido no processo nº 08S3261.

portaria de extensão – art. 514º do CT revisto (ou regulamento de extensão na linguagem do Código de 2003 – artigo 575º) e até por escolha do trabalhador, no caso em que a entidade patronal é outorgante de um determinado instrumento (nº1 do art. 497º do CT revisto) ou até pelos usos laborais que não contrariem o princípio da boa fé, os quais são também fonte de direito (art. 1º do CT revisto). Nomeadamente, nas grandes empresas nacionais é usual aplicar ao trabalhadores não sindicalizados as mesmas regalias que aos trabalhadores filiados num sindicato, dando a todos o mesmo tratamento, pelo menos em matéria de retribuições, até porque se não for dado, em termos salariais, a entidade empregadora estaria a violar, em abstracto, o princípio de trabalho igual salário igual.⁴⁰

A categoria-função fica determinada com a atribuição pelo empregador de um concreto posto de trabalho na sua organização. Ao posto de trabalho corresponde uma determinada posição na escala hierárquica da mesma que é o que Maria do Rosário Palma Ramalho denomina como categoria interna⁴¹ ou categoria empresarial, na classificação de Nunes de Carvalho. Ao celebrar um contrato de trabalho, o trabalhador compromete-se a desempenhar um conjunto de funções, para as quais deterá capacidade e que correspondem a uma vaga por preencher na organização empresarial. A relação laboral desenvolve-se a partir do quadro contratual definido entre a entidade patronal e o trabalhador.

As duas aceções de categoria podem não ser coincidentes totalmente. A categoria-normativa corresponde a uma fonte laboral contendo a designação em abstracto das diversas funções próprias de uma determinada categoria, de onde decorre um determinado tratamento remuneratório e outras consequências jurídicas e a categoria-função corresponde às funções efectivamente exercidas pelo trabalhador e acordadas com o empregador e ao concreto posto de trabalho que ocupa na organização do empregador.⁴²

⁴⁰ Para apurar se uma determinada situação viola ou não este princípio há que ter em conta as funções efectivamente exercidas por cada um dos trabalhadores em comparação, e se as mesmas são exercidas em condições de igual natureza (dificuldade, penosidade e perigosidade) qualidade (responsabilidade, exigência técnica, conhecimentos, capacidade, prática e experiência) e quantidade (duração e intensidade), conforme se defende no ac. do STJ de 25.06.2008 (relator Sousa Grandão), proferido no processo nº 08S0528.

⁴¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Direito do Trabalho* ..., p.391 e 392.

⁴² FERNANDES, António de Lemos Monteiro, no seu artigo “A categoria profissional e o objecto do contrato de trabalho”. *QL*, Ano V, nº 12, 1998, p.133-134, não concorda com a distinção entre categoria-normativa e categoria-função que considera não sustentável no plano da construção jurídica. No seu entender, a identificação de uma categoria contratual como figura autónoma em relação à categoria normativa é uma artificialidade. Quando as partes atribuem uma categoria ao trabalhador estão a escolher uma categoria normativa, “mediante o confronto daquilo que é a actividade esperada do trabalhador (e que este prevê realizar) com os tipos de actividade característicos das várias categorias normativas aplicáveis.” A categoria

Para aferirmos se um trabalhador está colocado na categoria correcta há que fazer subsumir as funções concretamente exercidas à norma. Se coincidirem totalmente, dúvidas não há que o trabalhador está correctamente classificado. Para fazer este juízo há sempre que partir da categoria-função. É pois do exercício efectivo de funções que se deverá sempre partir para classificar o trabalhador profissionalmente.⁴³ O que releva não é a categoria que o trabalhador detém, mas sim as funções concretamente exercidas⁴⁴, ainda que possua habilitações literárias superiores às exigidas para o cargo que efectivamente ocupa.

Mas só teoricamente é que existe esta correspondência total. Como apreciar então, na generalidade dos casos, quando as funções não são totalmente coincidentes, ou seja quando o trabalhador só desempenha parte das funções compreendidas na categoria normativa?

A jurisprudência⁴⁵ na apreciação dos diversos casos tem entendido que, existindo áreas de indefinição, releva para efeitos de classificação o núcleo essencial das funções desempenhadas, ou seja, o trabalhador deve ser classificado na categoria que mais se aproxime do núcleo essencial dessas funções.

As diversas categorias definem-se através das tarefas essenciais que caracterizam cada uma delas, constituindo o núcleo duro das respectivas atribuições funcionais.⁴⁶ A categoria obedece aos princípios de efectividade, da irreversibilidade e do reconhecimento.

contratual tem pouca utilidade teórica. A designação que as partes no contrato de trabalho acordem para denominar as funções que o trabalhador vai exercer, constitui desde logo uma remissão ou para o regime convencional colectivo aplicável ou para o elenco de categorias constantes de regulamento interno da empresa. Efectivamente, parece-nos que, na generalidade dos casos em que existam convenções colectivas aplicáveis ou regulamentação interna, assim será, mas o mesmo não se poderá concluir quando em vez de se atribuir ao trabalhador uma categoria, se acorda apenas no leque genérico de funções que ele irá exercer ou quando não há regulamentação colectiva aplicável nem regulamentação interna. Daí, em nosso entender e, salvo o devido respeito, a utilidade da dicotomia entre categoria-normativa e categoria-função.

⁴³ Estão nomeadamente de acordo neste particular: FERNANDES, António de Lemos Monteiro, “A categoria profissional e o objecto do contrato de trabalho”, op.cit., p.134; XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, op.cit., nota 1 na p.323 e “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”. RDES, Ano XXVIII (I da 2ª Série), nº 4, p.545-546.

⁴⁴ Ac. do TRP, de 26.01.1987, CJ, Ano XII, Tomo I, p.227.

⁴⁵ Ac do STJ, de 25.03.1992, AD, nº 376, 1992, p.480.

⁴⁶ Constitui aquilo que FERNANDES, António de Lemos Monteiro - “A categoria profissional e o objecto do contrato de trabalho”, op.cit., p.124, apelida de tarefas em que seja colocado o acento tónico, “...em suma, as actividades a que seja atribuída “aptidão classificativa”. Essas tarefas corresponderão a uma “pré-configuração” culturalmente condicionada ...e permitirão o confronto com o quadro de categorias aplicável, isto é, a pretendida classificação profissional”.

“A efectividade recorda que, no domínio da categoria-função, relevam as funções substancialmente pré-figuradas e não as meras designações exteriores; a irreversibilidade explica que, uma vez alcançada certa categoria, o trabalhador não pode dela ser retirado ou despromovido, tem-se aqui em vista a categoria estatuto dos artºs 21/1/d e 23º da LCT; o reconhecimento determina que, através da classificação, a categoria-estatuto corresponda à categoria-função, e daí, que a própria categoria-estatuto assente nas funções efectivamente desempenhadas”.⁴⁷

Assim, há que apurar quais as funções que o trabalhador desempenha e compará-las com o núcleo duro das funções da categoria ou das categorias em confronto, para aferir da correcta ou incorrecta classificação do trabalhador.⁴⁸

E como decidir quando as funções desempenhadas se aproximarem simultaneamente do núcleo duro de duas ou mais categorias?

Nestes, casos, tem também sido entendido que o trabalhador deve ser classificado na categoria superior,^{49 50} ou na linguagem do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02.11.1992,⁵¹ na categoria que maiores regalias lhe conceda. Efectivamente, se o trabalhador desempenha o núcleo duro de funções de duas categorias deverá ser classificado na categoria superior, mesmo que a ambas as categorias corresponda a mesma retribuição.

E se as funções desempenhadas pelo trabalhador não tiverem correspondência com o núcleo de qualquer das categorias constantes da regulamentação colectiva aplicável à empresa?

⁴⁷ CORDEIRO, António Menezes - *Manual do Direito do Trabalho*, op.cit., p.669.

⁴⁸ Apurados os factos relativos às funções efectivamente exercidas e tendo-se presente as categorias normativas possíveis, “...o que depois se impõe é uma simples operação intelectual de integração da factualidade na norma legal ou convencional que melhor lhe corresponda” – Ac. TRL, de 3.05.1985, BTE, 2ª série, nºs 10-11-12/87, p.1481.

⁴⁹ No Ac. da RE, de 15.04.1980, BMJ, nº 302, p.327, defende-se que o trabalhador deverá receber o ordenado estipulado para a categoria mais elevada, por força do princípio do “tratamento mais favorável ao trabalhador”.

⁵⁰ No sentido também defendido por MONTEIRO, Luís Miguel Henriques – “Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho”. *RDES*. Ano XXXII (V da 2ª Série), nºs 1-2-3-4, 1990, p.327 (conclusão XXII).

⁵¹ CJ, Ano XVII, Tomo V, p.259.

Deverá auferir a retribuição⁵² e ser-lhe atribuída a categoria⁵³ que mais se aproxime das funções efectivamente exercidas.

Como se referiu, a categoria profissional era pois uma forma de exprimir o objecto do contrato de trabalho, mas este não se esgotava na categoria. Ia para além dela, caso assim tivesse sido acordado entre as partes. A categoria não esgotava totalmente o objecto do contrato, não se sobrepondo à vontade das partes para acrescentar ou retirar funções.⁵⁴ E no objecto do contrato de trabalho, há ainda que incluir as funções resultantes dos ditames impostos pela boa-fé, a qual exige que se considerem as obrigações emergentes da previsibilidade do desenvolvimento contratual a fim de dar resposta às novas tarefas, resultantes da evolução, designadamente a tecnológica.⁵⁵

6.2. Da obrigatoriedade ou não da atribuição da categoria

O disposto no nº 1 do art. 22º não impunha que constasse obrigatoriamente no contrato de trabalho a categoria do trabalhador. O que impunha era a correspondência entre a actividade exercida e a categoria atribuída. Em vez da categoria, poderia constar o quadro geral das funções que o trabalhador ia exercer. Era o caso de se acordar genericamente que o trabalhador ia exercer funções administrativas ou funções de vigilância e segurança das instalações. Embora não constasse concretamente uma categoria, não deixa este quadro geral de funções de se reconduzir a duas categorias concretas: trabalhador administrativo e segurança/vigilante. Efectivamente, muitas vezes o quadro de funções que o trabalhador vai exercer é dado através da remissão no contrato para uma dada realidade social, como as descritas e muitas outras poderiam ser apontadas - v.g. motorista, contabilista - sendo o preenchimento de funções feito de acordo com a vontade das partes e com as regras da experiência e os usos e costumes de cada uma das realidades descritas.

⁵² Conforme se defende no Ac. do TRC de 08.10.1981, BMJ, nº 312, p.311.

⁵³ Conforme se defende no Ac. do STJ, de 26.09.1990, AJ, nºs 10-11, p.33.

⁵⁴ MONTEIRO, Luís Miguel Henriques – “Polivalência funcional”. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol.I, Coimbra: Almedina, Ano 2001, p.299.

⁵⁵ ABRANTES, José João – *Estudos sobre o Código do Trabalho*, op.cit p.137. Este artigo embora tenha sido escrito no âmbito da L 99/2003, é intemporal no que concerne às razões que conduzem à natureza indeterminada do objecto do contrato de trabalho, embora determinável.

Este quadro geral das funções a exercer impõe os limites dentro dos quais o empregador a cada momento vai determinar a concreta tarefa a efectuar, de acordo com as necessidades da empresa, no âmbito do seu poder determinativo da função.^{56 57 58}

Lobo Xavier defende que o contrato pode até ser omissivo quanto à categoria (como também consideramos)⁵⁹ e omissivo quanto ao quadro geral de funções (segundo entendemos), desde que seja identificável pela reconstrução da vontade dos contraentes, pelos usos da empresa e por todos os outros meios relevantes (art. 236º a 239º do CC). No mínimo, será identificável pelas funções que o trabalhador começou a desempenhar na vaga que se abriu e no posto de trabalho que ocupou na organização empresarial.⁶⁰ Concordamos completamente com o defendido. Obviamente, se não for possível apurar a actividade que o trabalhador se obrigou a prestar, então o contrato será nulo (nº 1 do art. 280º do CC).

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.06.2004,⁶¹ num caso em que a entidade empregadora não tinha atribuído ao trabalhador qualquer categoria normativa constante do CCT aplicável, entendeu-se que para decidir qual era a categoria do trabalhador, havia que apurar quais as funções e tarefas que o trabalhador desempenhava ao serviço da R. e que constituíam a sua categoria-função, um eventual acordo tácito que pudesse ter ocorrido e as alterações que, entretanto, poderiam ter surgido.

⁵⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, no artigo já citado “A determinação qualitativa da prestação de trabalho” p.9, defende que “a indicação do tipo de tarefas vem directamente de uma exigência económica e técnica de divisão de trabalho. A entidade patronal contrata, toma um trabalhador, para lhe entregar uma missão produtiva no seu empreendimento, e neste sentido acorda o género de actividade a desenvolver. E interessa-lhe o negócio na medida em que pode dispor da força de trabalho correspondente a uma certa posição, a uma função na empresa. Nestes termos designa, contratando, uns certos serviços ao trabalhador, precisamente aqueles que lhe fazem falta e que se referem à vaga no seu quadro de pessoal”.

⁵⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, num artigo muito posterior ao referido na nota antecedente, mantém a mesma posição sobre o papel do empregador na determinabilidade das funções do trabalhador. – “A mobilidade funcional e a nova redacção do artº 22º da LCT”. RDES. Ano XXXIX (XII da 2ª Série) – nºs 1-2-3, 1997, p.59.

⁵⁸ Conforme se defende no Ac. TRL, de 23.11.1981, BMJ, nº 317, p.282 “não individualizando o contrato de trabalho, os serviços que o trabalhador é chamado concretamente a prestar, nele se definindo apenas um tipo genérico de actividade, pertence a determinação das tarefas a prestar, a cada momento, à entidade patronal”.

⁵⁹ Contudo, nos casos em que se aplique às relações de trabalho instrumentos de regulamentação colectiva, estas, em regra, exigem que seja atribuído ao trabalhador uma categoria dentro do seu elenco de categorias possíveis.

⁶⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - “A mobilidade funcional e a nova redacção do artº 22º da LCT”, op.cit., p.63.

⁶¹ Relator Vítor Mesquita, proferido no processo 03S837.

Não enfermava, nem enferma, de qualquer vício, sendo perfeitamente válido, o contrato de trabalho em que as partes acordem que o trabalhador vai desempenhar funções típicas de mais do que uma categoria,^{62 63} por exemplo, de motorista e jardineiro, de empregado de mesa e de bar e de costureira e engomadeira.

7. A relação de trabalho como relação jurídica tendencialmente duradoura – o seu reflexo no objecto do contrato de trabalho

O contrato de trabalho corresponde a uma situação jurídica tendencialmente duradoura. Por esta razão, não é possível prever inicialmente quais as tarefas a concretizar pelo trabalhador ao longo da relação de trabalho que estão sujeitas a inovações tecnológicas e alterações conjunturais, pelo que a prestação de trabalho é por natureza indeterminada, embora determinável.⁶⁴ Também contribuem para esta indeterminação as próprias aspirações do trabalhador que à medida que vai adquirindo experiência na organização, passa a ansiar a funções mais evoluídas. O objecto do contrato de trabalho nesta época já ultrapassou o conceito taylorístico,⁶⁵ de prestação de serviço repetitivo.

O objecto do contrato de trabalho vai abranger não só as funções acordadas pelas partes, mas igualmente as que resultem dos ditames impostos pela boa-fé.

No contrato de trabalho, por estas razões, não é possível fazer constar *ab initio* exhaustivamente todas as funções que o trabalhador vai a cada momento ser chamado a desenvolver.⁶⁶ Contudo, nada impede que num contrato de trabalho constem pormenorizadamente as funções que o trabalhador deve exercer e que se acorde que nenhuma outra, para além dessas possa ser exigida, face ao princípio da liberdade

⁶² No sentido da licitude do contrato, XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A mobilidade funcional e a nova redacção do art.22º da LCT”, op.cit., p.63.

⁶³ Conforme se defende no Ac. do TRL, de 24.03.1980, BMJ, nº 300, p.437.

⁶⁴ ABRANTES, José João – *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.136.

⁶⁵ Estamos a referir-nos a FredericK W.Taylor, autor de *The principles of scientific management*, obra publicada em Nova Iorque, em 1911. Taylor defendia a especialização no trabalho, ou seja, a divisão das diferentes tarefas de uma cadeia produtiva por muitos executantes, de modo a que cada um pudesse executar as operações que lhe estavam atribuídas com a máxima perfeição. Tratava-se de reconduzir o trabalhador quase a um mero robot. Esta ideia é a antítese da que fundamenta a polivalência funcional.

⁶⁶ Segundo XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A mobilidade funcional e a nova redacção do artº 22º da LCT”, op.cit., p.59, no contrato de trabalho apenas se refere, quando se refere, um tipo genérico de actividade, pertencendo a determinação da prestação, a cada momento, ao empregador.

contratual (nº1 do art. 405º do CC). O que dizemos é que estes casos serão, certamente, pouco representativos, pela sua raridade.

O objecto do contrato de trabalho deve ser sempre fixado por via positiva, ou seja, no contrato deverão ser identificadas as funções a desempenhar e não as que se encontram excluídas.⁶⁷

A questão que se colocava com pertinência face ao nº 1 do art. 22º era se poderiam ser exigidas ao trabalhador funções não compreendidas na categoria normativa, antes das alterações introduzidas pela Lei 21/96. Numa primeira reflexão tenderíamos pela negativa. Mas tal era esquecer tudo o que já se referiu sobre a indeterminação da prestação de trabalho que não se esgota no rótulo apertado e sucinto da categoria do trabalhador. Desde que abrangesse as funções acordadas pelas partes e as que resultassem dos ditames impostos pela boa-fé, o que implicava considerar as obrigações emergentes da previsibilidade do desenvolvimento contratual a fim de dar resposta às novas tarefas, resultantes da evolução, designadamente a tecnológica⁶⁸, poderiam ser exigidas funções não compreendidas na categoria.⁶⁹

E poder-se-ia limitar o trabalhador apenas a algumas das funções compreendidas na sua categoria, sendo certo que esta questão se mantém pertinente actualmente?

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23.02.1995,⁷⁰ apreciou-se o caso de uma trabalhadora que trabalhava como operadora de máquinas de fiação, ocupando-se a vigiar, alimentar e a operar com uma ou mais máquinas de preparação de fios, na subsecção de preparação, procedendo também à limpeza das máquinas. A partir de determinada altura, a entidade empregadora incumbiu-a definitivamente de proceder apenas à limpeza de máquinas de contínuo, na subsecção de contínuos. O tribunal considerou que, embora as funções de limpeza de máquinas estivessem também compreendidas no objecto do seu contrato de trabalho, confinar a trabalhadora apenas ao desempenho de funções infimamente compreendidas no objecto do seu contrato, constituía uma alteração substancial do seu contrato de trabalho.

⁶⁷ Conforme defende, nomeadamente, LEITE, Jorge – “Flexibilidade funcional”. *QL* Ano IV – nºs 9-10, 1997, p.18.

⁶⁸ ABRANTES, José João – *Estudos sobre o Código do Trabalho*, op.cit., p.137.

⁶⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”, op.cit., defende este entendimento na p.545.

⁷⁰ CJ, Ano XX, Tomo I, p.80.

Como referimos, a categoria de um trabalhador caracteriza-se e define-se por um conjunto de tarefas essenciais que a caracterizam, constituindo o núcleo duro das respectivas atribuições. A consagração de que o trabalhador devia, em princípio, exercer as funções compreendidas sua categoria, tinha como objectivo, nomeadamente, proteger a profissionalidade do trabalhador.

Se a entidade patronal limitou o trabalhador apenas a algumas das funções, em princípio, não constitui incumprimento contratual porque as funções a que o trabalhador ficou adstrito fazem parte do objecto do seu contrato e o empregador está a exercer o seu poder determinativo da função, salvo se esta atitude da entidade patronal tiver tido algum fim discriminatório, de punição ou de atentar contra a dignidade do trabalhador. Mas, se a entidade patronal limitou o trabalhador apenas a uma ínfima parcela das funções que fazem parte da sua categoria e que até não são parte integrante do núcleo duro ou essencial da sua categoria, entendemos que está a ser posta em causa a profissionalidade do trabalhador que a categoria visa proteger, tal como é defendido no acórdão citado, pelo que o comportamento da entidade patronal é ilícito. Contudo, para melhor decidir, há que conhecer as razões que estiveram na base da atribuição pela entidade patronal de um leque de funções restrito ou de uma função apenas, dentro do conjunto de funções incluídas na categoria.

8. O poder concedido ao empregador no n.º 2 do art. 22º do DL 49408

8.1. Razões que determinaram o ius variandi

Dado que a realidade empresarial sofre alterações ao longo da vida dos contratos de trabalho, houve necessidade de criar uma abertura para que, verificados determinados pressupostos, o empregador possa exigir do trabalhador serviços para além dos convencionados. Deste modo, pretendeu-se que o trabalho disponível se adaptasse às modificações da empresa.

8.2. Requisitos do ius variandi

Desde que não tivesse sido alvo de afastamento pela vontade das partes, a entidade patronal podia encarregar o trabalhador de serviços não compreendidos no objecto do contrato, se:

- . o interesse da empresa o exigisse;
- . a mudança fosse temporária;
- . a mudança não implicasse diminuição na retribuição;
- . a mudança não acarretasse modificação substancial da posição do trabalhador; e,
- . inexistisse estipulação em contrário.

Tratava-se, e trata-se ainda, de um grande poder que é atribuído ao empregador, a atribuição de tarefas não acordadas unilateralmente, o que viola o princípio consagrado no artigo 406/1 do Código Civil⁷¹ – princípio da contratualidade e princípio da invariabilidade da prestação contratual – os contratos só podem modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.

As questões só se colocam quando não há modificação do contrato por vontade de ambos os contraentes.

Com excepção do 3º e 5º pressuposto – a não diminuição da retribuição e a inexistência de estipulação em contrário – os três demais pressupostos são conceitos abertos, cabendo à doutrina e à jurisprudência a sua concretização.

8.2.1. A exigência do interesse da empresa

À luz do referido nº 2 do art. 22º a exigência do interesse da empresa (exigência que se mantém no nº 1 do art. 120º do CT revisto) não se confundia e continua a não confundir-se, obviamente com o interesse egoísta do próprio empregador, enquanto pessoa. Tem que ser um interesse da organização produtiva. Como parece evidente o empregador não pode

⁷¹ E por isso autores há que têm dúvidas sobre a constitucionalidade de um regime que prescinde do acordo do trabalhador, como MOURA, José Barros – *Compilação de Direito do Trabalho: sistematizada e anotada* Coimbra: Almedina, 1980, na anotação II ao artigo 22º do DL 49 408, p.89, embora sem aprofundar nesta sede a questão. Considerando os apertados limites que o legislador impôs para o exercício desta figura, parece-nos estar afastada a inconstitucionalidade da norma. Neste sentido, CARVALHO, António Nunes de – “Jus variandi e horário de trabalho - comentário ao Ac. do TRL de 20.03.91”, *RDES*, Ano XXXIX (VII da 2ª série), nºs 1-2-3, 1992, p.143.

atribuir funções a um trabalhador não compreendidas no objecto do contrato por mero capricho.

Só pode justificar o poder de exigir ao trabalhador funções não compreendidas no objecto do contrato se as conveniências da empresa o impuserem.^{72 73} Era, nomeadamente, e continua a ser (nº 1 do art. 120 do CT revisto), o caso da falta temporária de um trabalhador e de um acréscimo excepcional de trabalho que exija um maior número de trabalhadores numa determinada fase produtiva, existindo secções na empresa subocupadas ou sem acréscimo de trabalho.

O critério para aferir das exigências da empresa reconduz-se às noções de experiência, de tipicidade e de normalidade.⁷⁴

Na apreciação de uma concreta situação em tribunal cabe ao julgador verificar se ocorreu uma alteração na organização da empresa que justifique o recurso a este instituto. Ao juiz não cabe apreciar se verificada determinada situação, a opção da entidade empregadora foi a mais correcta na perspectiva de uma correcta gestão empresarial,⁷⁵ mas apenas se estão preenchidos os pressupostos de que depende o recurso ao *ius variandi*. Tal como no despedimento colectivo, o juiz não indica opções empresariais, mas apenas se ocorrem os condicionalismos legais, ou seja, no caso deste pressuposto, se se verificam efectivamente razões técnicas e organizativas e um nexo causal entre estas e a decisão do empregador que atribuiu ao trabalhador funções não compreendidas no objecto do contrato.

Não constitui exemplo do exercício legítimo de *ius variandi* o caso em que uma empresa, invocando essa faculdade, coloca uma trabalhadora a exercer funções fora do objecto do seu contrato de trabalho mas, simultaneamente, coloca outra trabalhadora a exercer as funções que aquela então desempenhava, pois esta situação revela a falta de interesse

⁷² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo “ A determinação qualitativa da prestação de trabalho”, op. cit., p.28.

⁷³ No mesmo sentido, Ac. do STJ de 20.05.1988, BTE, 2ª série, nºs 4-5-6/90, p.424 onde se lê , a propósito do exercício do *ius variandi* ser exigível pelo interesse da empresa que esse requisito verifica-se “...quando o interesse da empresa é objectivamente avaliável – o que sucede se oriundo de circunstâncias anómalas da vida da mesma empresa e não de quaisquer conveniências pessoais de quem ordenou a mudança”.

⁷⁴ BRITO, Pedro Madeira de, na sua anotação ao artigo 314º do CT do *Código do Trabalho* de Pedro Romano Martinez (et.al.), op.cit., p. 476.

⁷⁵ No mesmo sentido, o já citado BRITO, Pedro Madeira de, na anotação ao artigo 314º do Código do Trabalho e GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Relações individuais do trabalho*. Vol.1º. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.798.

orgânico da empregadora na atribuição temporária de outras e diferentes tarefas à trabalhadora cuja posição contratual foi unilateralmente alterada.⁷⁶

8.2.2. A mudança temporária

O *ius variandi* é uma figura a que o empregador só podia recorrer verificados os requisitos enunciados e como tal, devido ao seu carácter excepcional só faria sentido se o seu exercício fosse temporário, o que o legislador impôs. Todavia, não definiu o que se devia entender por temporário. A exigência deste requisito mantém-se no actual Código do Trabalho.

Os acórdãos que consultámos exigiram como pressuposto essencial a transitoriedade do exercício de funções, mas não definem o que se deve entender por temporário, nem estabelecem qualquer limite a partir do qual se deve classificar como definitivas as funções de que o trabalhador foi incumbido ao abrigo do *ius variandi*. A questão foi apreciada muitas vezes em acções em que o trabalhador reclamava o direito a reclassificação por as funções que tinha exercido não se poderem considerar temporárias. É que o exercício temporário de funções superiores não dava acesso (e continua a não dar) à categoria onde se compreendiam as funções que não eram objecto do contrato. Era e é a partir do caso concreto e do conhecimento da intenção da empresa ao fazer uso do *ius variandi* que se pode concluir pelo seu uso legítimo ou não.

A jurisprudência considerou que havia direito à reclassificação em situações de dois e mais anos de exercício de funções fora do objecto do contrato de trabalho.⁷⁷

Há, contudo, que realçar que a jurisprudência tem assumido posições bastante flexíveis na interpretação do significado da expressão “temporariamente”. Independentemente da posição perfilhada, o que deve ser tido em conta é que o carácter temporário da alteração de funções tem que ser traduzido em factos concretos, sendo ainda necessário que dos factos apurados se possa extrair a conclusão que as tarefas que conduziram à utilização da

⁷⁶ Conforme Ac. RC, de 22.02.2007, CJ, Ano XXXII, Tomo I, p.62.

⁷⁷ Ac. RL de 5.1.1987, CJ, Ano XXII, Tomo I, p.172; Ac. RL de 16.01.91, BTE, 2ª série, nºs 4-5-6-/93, p.536; e Ac. RL de 09.6.1993, CJ, Ano XVIII, Tomo III, p.185, o qual embora pronunciando-se sobre a prática de uma contra-ordenação, aprecia a questão do exercício temporário de funções, ao abrigo do *ius variandi*. Já após a publicação da L 21/96, com interesse, ver Ac. do STJ, de 23.05.01, CJ/STJ, Ano IX, Tomo II, p.281.

faculdade do *ius variandi* são extraordinárias e transitórias face aos padrões de funcionamento da empresa.

Posteriormente, como trataremos mais à frente, o legislador entendeu fixar um período até dois anos para o exercício transitório das funções fora do objecto do contrato, pelo que até este limite e, desde que o motivo que determinou o recurso ao *ius variandi* seja transitório, as novas funções podem ser exercidas sem controvérsia (nº 3 do art. 120º do Código de Trabalho revisto).

8.2.3. Não modificação substancial da posição do trabalhador

Com este limite pretendeu-se que a dignidade e o prestígio do trabalhador não sofressem com as alterações impostas pela entidade patronal. Estava vedado ao empregador mediante o uso do poder consagrado no nº 2 do art. 22º pôr em causa a posição essencial do trabalhador na empresa.⁷⁸ Este limite continua a ser exigido no actual Código do Trabalho.

O trabalhador não podia e continua a não poder ser colocado numa “situação hierárquica injustamente penosa”.⁷⁹ Tal não significa que as funções que o trabalhador é chamado a executar tenham que ser de categoria equivalente à sua, a lei não proíbe que possam ser de categoria inferior, mas o desnível não pode ser susceptível de provocar desprestígio ou afectar a dignidade profissional do trabalhador, nem naturalmente ser vexatório ou humilhante.⁸⁰

O julgador, para apreciar se em determinada situação ocorreu ou não modificação substancial da posição do trabalhador, tinha e continua a ter, que atender a vários parâmetros: funções que eram exercidas, funções que passaram a ser exercidas, grau de esforço exigido pelas funções precedentes e as atribuídas ao abrigo do *ius variandi*, reconhecimento social de ambas as funções, hierarquia das mesmas na organização empresarial e, segundo Júlio Gomes,⁸¹ à intensidade do interesse da empresa e à duração previsível das novas funções. Nos casos em que a alteração funcional é de curta duração e o

⁷⁸ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A determinação qualitativa da prestação de trabalho”, op.cit.,p.30.

⁷⁹ FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.220.

⁸⁰ FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.221.

⁸¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira, op.cit., p.799. A opinião deste autor, embora manifestada a propósito do Código de Trabalho de 2003, mantém o seu interesse na análise do DL 49 408, uma vez que o requisito de não modificação substancial da posição do trabalhador é comum a ambas as redacções.

interesse da empresa é muito premente, pode considerar-se justificada uma variação maior do conteúdo da prestação, do que nos casos em que esse interesse não tem o mesmo carácter e o período de exercício de funções é maior.

Constitui exemplo de alteração substancial da posição do trabalhador a atribuição a uma auxiliar administrativa de funções de empregada de copa ou bar. A entidade patronal pretendia que a trabalhadora fizesse café e lavasse chávenas e esta recusou-se. O Tribunal da Relação de Lisboa⁸² deu razão à trabalhadora, considerando que tais funções não cabiam no âmbito do *ius variandi*.

É igualmente ilegítima a ordem da entidade patronal que manda a trabalhadora cozinheira fazer a limpeza geral do estabelecimento,⁸³ porquanto também neste caso é alterada a posição substancial do trabalhador na empresa.

Deve, assim, ser perguntado se para que não haja alteração substancial do trabalhador não terá que existir também no *ius variandi* alguma afinidade entre as funções próprias do objecto do contrato e as de fora do objecto do contrato?

A lei não o exigia e continua a não exigir, mas na maior parte dos casos em que não há qualquer afinidade haverá modificação substancial da posição do trabalhador. O que é importante é que as novas funções que são solicitadas ao trabalhador não consubstanciem alteração da sua posição. Nomeadamente, nos casos de trabalhadores com funções de chefia, as novas funções têm que possuir igual dignidade na hierarquia da empresa e desde que o trabalhador não passe a ser chefiado por quem até então supervisionava.

No acórdão da Relação de Coimbra, de 19 de Março de 1992,⁸⁴ julgou-se procedente a acção de impugnação de despedimento, na qual se discutia a ilicitude do despedimento das AA. por desobediência às ordens da entidade patronal, por as trabalhadoras que tinham a categoria de operárias de seca do bacalhau se terem recusado a cumprir as instruções do empregador, invocando o direito de variação. Tais ordens consistiam em retirar o peixe de uma câmara frigorífica adstrita à fábrica de conservas. O Tribunal entendeu que entre as tarefas que se pretendiam atribuir às AA. e as que definiam a sua categoria profissional não existia qualquer afinidade, integrando-se aquelas e estas em sectores distintos e com conteúdo funcional totalmente diverso, pelo que a ordem era ilícita.

⁸² Ac. do TRL, de 15.02.1995 (relator Cunha e Silva), proferido no processo 0098254.

⁸³ Ac. do TRC, de 02.03.2006 (relator Serra Leitão), proferido no processo 4186/05.

⁸⁴ Publicado na CJ, ano XVII, Tomo II, p.92.

Considerou-se no referido acórdão que era necessária afinidade de funções para que não houvesse modificação substancial da posição das trabalhadoras.

No acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09.10.1989,⁸⁵ entendeu-se que a atribuição a uma trabalhadora com a categoria de chefe de sector de funções que consistiam em elaborar o inventário de um dos estabelecimentos da entidade patronal, arrumar uma arrecadação onde estava o arquivo morto da R. e a colocação da trabalhadora numa secretária, sozinha, num hall de entrada, consubstanciavam a atribuição de serviços de inferior dignidade e que como tal constituía uma modificação substancial da sua posição.

8.2.4. Inexistência de estipulação em contrário

O nº 2 do art. 22º permitia a estipulação em contrário. Este preceito foi entendido pela jurisprudência e pela doutrina no sentido de ser apenas possível as partes, por acordo, afastar a possibilidade de recurso ao *ius variandi* e nunca com o sentido de as partes poderem ampliar a faculdade concedida no nº 2 do artigo 22º. E assim foi entendido devido ao carácter excepcional desta figura, bem manifesto face aos requisitos que exigia e ao disposto no nº 1 do art. 406º do CC, considerando-se que o nº 2 do artº 22º continha uma norma de imperatividade mínima, ou seja, que não admitia modificações em sentido menos favorável ao trabalhador, mas permitia todas as modificações em sentido mais favorável ao mesmo. Não conhecemos posições doutrinárias em sentido divergente, nem jurisprudenciais. O Código do Trabalho aprovado pela Lei 99/2003 veio consagrar esta possibilidade nos dois sentidos (nº 2 do art. 314º do CT), permitindo às partes, por estipulação contratual, a possibilidade de alargar ou restringir a faculdade prevista no nº 1, o que se mantém no Código de 2009 (nº 2 do art.120º).

8.3. O tratamento mais favorável

Se aos serviços temporariamente desempenhados no âmbito do *ius variandi* correspondesse um tratamento mais favorável, o trabalhador tinha direito a esse tratamento (nº3 do art. 22º).

⁸⁵ CJ, Ano XIV, Tomo IV, p.247.

O art. 22º não consagrava qualquer direito a reclassificação findo o período temporário em que o trabalhador exerceu outras funções, sendo omissa a propósito desta questão. Contudo, como não podia deixar de ser, por uma questão de paridade e de não enriquecimento sem causa por parte da entidade empregadora, se as funções que o trabalhador foi exercer eram melhor remuneradas ou tinham outras regalias que o trabalhador não usufruía em contrapartida do trabalho que prestava (v.g. isenção de horário de trabalho), tinha direito às mesmas. Findo o período temporário em que tinha exercido essas funções, o trabalhador retomava as suas funções habituais e a contrapartida que recebia por esse trabalho. O direito à reclassificação só se obtinha se o tribunal concluísse que dado o período tempo em que o trabalhador esteve a exercer outras funções, não se podia considerar esse exercício como temporário ou porque, afinal, nunca se tinham verificado os pressupostos para que o empregador pudesse socorrer-se da faculdade prevista no nº 2 do art. 22º.⁸⁶

Foram vários os casos submetidos à apreciação dos tribunais devido a alterações das funções, nos quais os trabalhadores reclamavam a reclassificação, invocando a entidade empregadora a faculdade de alterar o objecto da prestação contratual.

9. A natureza jurídica do ius variandi

Conforme já se referiu o *ius variandi* era e é, embora actualmente com a denominação de mobilidade funcional, o poder concedido ao trabalhador de alterar o objecto do contrato sem anuência do trabalhador, infringindo a regra, segundo a qual, qualquer modificação do contrato só pode ocorrer por mútuo consentimento dos contraentes (nº 1 do art. 406º do CC).

A circunstância de no *ius variandi* a modificação do contrato ter que ser temporária não permitia (nem permite) reconduzir este instituto à alteração das circunstâncias que é uma modificação do contrato definitiva (art. 437º do CC).

Igualmente se discute se o *ius variandi* é, ou não, uma manifestação do poder de direcção na vertente do poder determinativo da função.

⁸⁶ Cfr. se defende no Ac. do STJ, de 17.10.1990, AJ, 12º, p.20.

Ao exercer o poder determinativo da função, o empregador está a seleccionar de entre as funções que o trabalhador se obrigou a exercer aquelas que, em cada momento, considera mais adequadas, ou seja, este poder é exercido no âmbito do objecto do contrato de trabalho.

Já o *ius variandi* é exercido fora desse domínio, pois trata-se de exigir funções não compreendidas no objecto, pelo que este poder do empregador não é uma manifestação do poder de direcção.⁸⁷ Poder-se-á mesmo dizer que o *ius variandi* começa onde acaba o poder de direcção.⁸⁸ Contrariamente, na polivalência funcional do que se trata é de um poder de variação do objecto contratual que, para o seu exercício, não obriga o empregador a ter de sair do seu normal poder de direcção, de um poder que prescinde da natureza de excepionalidade das situações que justificam o recurso à faculdade prevista no nº 2 do art. 22º.⁸⁹

O *ius variandi* é um direito subjectivo e, em caso afirmativo, dentro desta categoria corresponderá a um direito subjectivo *stricto sensu* ou antes a um direito potestativo?

Para podermos responder a esta questão temos que socorrer-nos dos conceitos da teoria geral da relação jurídica.

Mota Pinto define direito subjectivo, em sentido geral “como poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo ou negativo ou poder jurídico de por um acto livre de vontade, só por si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem à contraparte”.⁹⁰

Este conceito cobre duas modalidades: os direitos subjectivos propriamente ditos ou “stricto sensu” e os direitos potestativos.

⁸⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira, op. cit., p.795-796 e MONTEIRO, Luís Miguel Henriques – “Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho”, op.cit., p.324.

⁸⁸ GOMES, Júlio Manuel Vieira, op.cit., p.795.

⁸⁹ ABRANTES, José João - “Flexibilidade funcional”, *Themis*. Ano VI, nº 10, 2005, p.160 (Este artigo encontra-se também publicado em *O Direito do Trabalho nos grandes espaços – entre a codificação e a flexibilidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p.132-140. Todavia, todas as referências que forem feitas reportam-se à publicação na Themis).

⁹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria geral do Direito Civil. 4ª reimpressão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 138. Igualmente para as mesmas noções, ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de – “Teoria geral da relação jurídica”. Vol.I, Coimbra:Almedina, 1983, p.3. e MENDES, João de Castro – *Teoria geral do Direito Civil*. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 1995, p.465 e ss.

Ainda segundo o mesmo autor,⁹¹ “o direito subjectivo “*stricto sensu*” é o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (abstenção ou omissão). Contrapõe-se-lhe o dever jurídico da contraparte – um dever de “*facere*” ou de “*non facere*”. O dever jurídico é, pois a necessidade de (ou a vinculação a) realizar o comportamento a que tem o direito o titular activo da relação jurídica”.

São exemplos de direitos subjectivos os direitos de crédito, os direitos reais e os direitos de personalidade. Por sua vez, “os direitos potestativos são os poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de *per si* ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte. Corresponde-lhes a sujeição, a situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir-se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito do exercício do direito pelo seu titular”.⁹² No dever jurídico, o outro lado dos direitos subjectivos propriamente ditos, o sujeito do dever tem a possibilidade prática de não cumprir, sujeitando-se, todavia a sanções. Na sujeição, o sujeitado não pode violar ou infringir a sua situação.⁹³

A posição do trabalhador face ao exercício do *ius variandi* é um estado de sujeição, tendo que suportar na sua esfera jurídica a modificação levada a efeito pelo empregador, sem possibilidade de oposição. Desde que verificados os pressupostos que permitem ao empregador modificar o objecto do contrato de trabalho, o trabalhador tem que cumprir o que lhe for determinado, pelo que o *ius variandi* reveste efectivamente a natureza de um direito potestativo de que o empregador é titular.⁹⁴

⁹¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, op.cit., p.138.

⁹² PINTO, Carlos Alberto da Mota, op.cit., p.140.

⁹³ PINTO, Carlos Alberto da Mota, op.cit. p.142.

⁹⁴ ABRANTES, José João - “Flexibilidade funcional”, p.152 e MONTEIRO – Luís Miguel Henriques. “Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho”, op.cit., p.324.

CAPÍTULO III

10. As alterações introduzidas pelo artigo 6º da Lei 21/96, de 23 de Julho ao artigo 22º do DL 49408

Sobre a égide da flexibilidade a Lei 21/96 veio introduzir cinco novos números ao art. 22º, mantendo-se o nº 1 e passando os nºs. 2 e 3, com a mesma redacção, respectivamente a nºs. 7 e 8. Foi também alterado a epígrafe do artigo que passou de “Prestação pelo trabalhador de serviços não compreendidos no objecto do contrato” para “Prestação pelo trabalhador de actividades compreendidas ou não no objecto do contrato”.

Esta alteração veio introduzir na legislação laboral a ideia de polivalência funcional. O empregador não só podia encarregar o trabalhador de exercer a actividade correspondente à categoria para que foi contratado (nº 1 do art. 22º), mas também de desempenhar outras actividades para as quais tivesse qualificação e capacidade e que tivessem afinidade ou ligação funcional com as que correspondessem à sua função normal, ainda que não compreendidas na definição da categoria respectiva (nº 2 do art. 22º). Só o podia fazer, no entanto, se a função normal se mantivesse como actividade principal do trabalhador, não podendo, em caso algum, as actividades exercidas acessoriamente determinar a sua desvalorização profissional ou a diminuição da sua retribuição (nº 3 do art. 22º).

A L 21/96 também conhecida pela Lei das 40 horas, veio reduzir progressivamente os horários de trabalho superiores a 40 horas, para este limite máximo e em troca, concedeu mais poderes ao empregador para determinar o objecto da prestação de trabalho.

Na Europa o debate sobre a flexibilidade e a flexibilização foi introduzido em consequência, sobretudo, do aumento do desemprego e mediante reclamação dos empregadores e economistas. Esta temática foi discutida a nível internacional no seio da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e nas Comunidades Europeias (CEE). São exemplos de medidas tendentes a incrementar a flexibilidade preconizadas pelos peritos da OCDE⁹⁵: o aumento dos salários apenas na

⁹⁵ Relatório Dahrendorf. “A flexibilidade do mercado do trabalho”. RDES. Ano XXX (III da 2ª Série), nº1, 1988, p.113-142.

proporção do crescimento da produtividade, uma nova relação entre a segurança no emprego e a flexibilidade (compreendendo novas formas de emprego e de legislação protectiva), maior flexibilidade na repartição do tempo de trabalho, maior mobilidade geográfica e profissional do trabalhador e melhor formação profissional. Estas são também em regra as pretensões dos empregadores na maior parte dos Estados da CEE.

Segundo BIRK,⁹⁶ numa conferência sobre competitividade das empresas e flexibilização do direito do trabalho, proferida na década de oitenta e que temos vindo a seguir de perto, uma série de Estados tem tentado atingir, através de numerosas leis, maior flexibilidade, permitindo ao empregador a celebração de contratos a prazo em medida mais lata que anteriormente, recorrer a pessoal estranho à empresa, através do intitulado trabalho temporário e alargando-se a possibilidade de oferecer emprego a tempo parcial.

Em virtude do desaparecimento de profissões antigas e surgimento de novas, por razões técnicas e da variação das exigências materiais, passou a ser necessária uma maior adaptabilidade por parte dos trabalhadores.⁹⁷

A ideia de flexibilidade foi mal recebida pelos trabalhadores e pelos sindicatos que temeram pela perda de direitos arduamente conquistados ao longo dos séculos XIX e XX.

A ideia de flexibilidade em certos países, como a França, segundo Jean-Claude Javillier⁹⁸ conduziu a uma suspensão ou supressão da regulamentação aplicável aos trabalhadores, o que faz temer pelo regresso do direito do civil ao domínio das relações laborais.

Estas razões determinaram alterações legislativas que, em Portugal, no que concerne à polivalência, surgiram em 1996.

Mas como também se reconhece, designadamente o referido autor, a flexibilização não é a saída milagrosa para a falta de emprego, porquanto muitos outros factores contribuem para esta realidade, tais como as próprias empresas, nomeadamente, por falta

⁹⁶ BIRK, Rolf – “Competitividade das empresas e flexibilização do direito do trabalho”. RDES. Tradução de Fernando A. Ferreira Pinto do texto em alemão. Ano XXIX (II da 2ª Série), nº3, 1987, p. 290.

⁹⁷ BIRK, Rolf, op.cit., p.300.

⁹⁸ JAVILLIER, Jean-Claude – *Droit du Travail*, 7ª edição, Paris: L.G.D.J. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1999, p.156-157 O mesmo autor pronuncia-se sobre como foi recebida a flexibilidade em França e a evolução que o conceito de flexibilidade sofreu na op.cit., p.147-160.

de investimentos, má organização, falta de recurso a inovações tecnológicas, falta de uma política de risco - e a burocracia.⁹⁹

É também esta ideia de flexibilidade que vai estar presente no Código de Trabalho de 2003, como mais à frente se referirá.

Meneres Pimentel na intervenção a que procedeu no I Congresso Nacional de Direito do Trabalho¹⁰⁰ veio dar como exemplos de medidas de flexibilidade, além do princípio do *ius variandi*, a criação dos contratos de trabalho a prazo (DL 64-A/89, de 27 de Fevereiro), a legislação do trabalho temporário (DL 358/89, de 17 de Outubro), o alargamento do âmbito da justa causa de despedimento por inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho (DL 400/91, de 16 de Outubro) e a possibilidade de suspensão prolongada do contrato de trabalho, designadamente, por motivos empresariais (DL 398/83, de 2 de Novembro).

A partir da redacção conferida pela Lei 21/96, o empregador passou a poder exigir ao trabalhador, fora do âmbito excepcional do *ius variandi*, outras actividades, ainda que não compreendidas na definição da categoria.

O legislador consagrou a possibilidade de alargamento do objecto do contrato de trabalho, mediante a nova figura da polivalência, que tal como o *ius variandi*, constitui um desvio ao princípio da contratualidade. Só que neste caso o empregador podia recorrer à polivalência fora das situações excepcionais do *ius variandi*.

Os requisitos para que o empregador pudesse exigir ao trabalhador outras actividades, ainda que não compreendidas na definição de categoria eram:

- . que o trabalhador tivesse qualificação e capacidade para desempenhar essas actividades;
- . que as actividades tivessem afinidade ou ligação funcional com as actividades que correspondessem à sua função normal;
- . que essas actividades fossem exercidas acessoriamente;

⁹⁹ BIRK, Rolf, op.cit., p.305 e 306.

¹⁰⁰ “Flexibilidade e polivalência”. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coimbra: Almedina, 1998, p.102.

. que o desempenho da função normal se mantivesse como actividade principal do trabalhador; e,

. que as actividades exercidas acessoriamente não pudessem determinar a desvalorização profissional ou a diminuição da sua retribuição.

11. Requisitos da polivalência funcional

11.1. A função normal

Antes de entramos na análise dos diversos requisitos, vejamos o que se entendia por função normal, conceito de referência nesta nova redacção.

A função normal correspondia ao objecto do contrato¹⁰¹ que poderia ou não corresponder na íntegra às funções que se inseriam na categoria do trabalhador, dependendo do convencionado entre as partes.¹⁰² Segundo Luís Miguel Monteiro a referência à categoria respectiva só faz sentido dirigida à categoria-estatuto ou normativa, tornando assim inequívoco que o trabalho polivalente pode ultrapassar os limites do elenco funcional da categoria do trabalhador, tal como se encontra previsto no instrumento de regulamentação colectiva de Trabalho (IRC) aplicável.¹⁰³

Que dizer então? As funções afins ou funcionalmente ligadas passaram a fazer parte ou não do objecto do contrato de trabalho?

A epígrafe do art. 22º na redacção anterior à da L 21/96, fazia referência à “prestação pelo trabalhador de serviços não compreendidos no objecto do contrato” e na redacção posterior passou a mencionar “prestação pelo trabalhador de actividades compreendidas ou não no objecto do contrato”. As actividades não compreendidas no objecto do contrato eram, sem margem de dúvida, as referidas nos nºs 7 e 8 do art. 22º, pelo

¹⁰¹ MONTEIRO, Luís Miguel Henriques – “Polivalência funcional”, op.cit. p.302. No mesmo sentido de que a função normal compreende todas as várias funções que se encontram no objecto do contrato de trabalho, relativas à categoria contratual (ou categoria-função), XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. “Polivalência e mobilidade”. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coimbra: Almedina, 1998, p.122.

¹⁰² Sobre o que se deve entender por “função normal”, ver também LEITE, Jorge – Flexibilidade funcional, op.cit, p.29, nota 36 e ABRANTES, José João – “Flexibilidade e polivalência”. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coimbra: Almedina, 1998, p.140.

¹⁰³ MONTEIRO, Luís Miguel Henriques – - “Polivalência funcional”, op.cit., p.302.

que as actividades compreendidas no objecto eram as constantes dos n.ºs 2 a 6.¹⁰⁴ Houve uma redefinição/alargamento do objecto do contrato que passou a compreender as actividades conexas ou ligadas à categoria, embora exigindo-se determinados pressupostos que lhe conferiam ainda um carácter excepcional.

11.2. A qualificação e a capacidade

O n.º 2 do art. 22º exigia que o trabalhador tivesse qualificação e capacidade para o exercício das funções afins ou funcionalmente ligadas. Actualmente a lei exige aptidões e qualificação profissional (n.º 1 do art. 118º do CT revisto).

A qualificação e capacidade que o trabalhador devia possuir tinham que ser actuais, isto é, reportarem-se ao momento em que o empregador dava a ordem para desempenhar funções afins ou funcionalmente ligadas com as actividades que correspondessem à função normal.¹⁰⁵

A qualificação designava a habilitação escolar e/ou profissional.

A noção legal que mais se aproximava da noção qualificação era a de perfil profissional.¹⁰⁶ Nos termos do n.º 2 do art. 20º do DL 401/91¹⁰⁷ os perfis profissionais “descrevem o conjunto de competências, atitudes e comportamentos necessários para exercer as funções próprias de um grupo de profissões afins, de uma profissão ou de um posto de trabalho”. Esta noção ampla abrangia as aptidões físicas e intelectuais, a formação profissional e académica e a experiência do trabalhador indispensáveis à realização da função ou da actividade em causa. Contudo, uma vez que o legislador no n.º 2 do art. 22º exigia a par da qualificação a capacidade, a expressão qualificação devia ser interpretada no seu sentido mais restrito, abrangendo apenas a habilitação escolar e/ou profissional legalmente exigida, impondo-se, para certas profissões a credenciação das habilitações.¹⁰⁸

¹⁰⁴ No sentido defendido por XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – “A mobilidade funcional e a nova redacção do artº 22º da LCT”, op.cit., p.111

¹⁰⁵ Conforme é defendido por ABRANTES, José João - “Flexibilidade funcional”, op.cit., p.155.

¹⁰⁶ Segundo LEITE, Jorge - “Flexibilidade funcional”, op.cit., p.31.

¹⁰⁷ O qual foi revogado pelo art. 25º/1 do DL 396/2007, de 31 de Dezembro. Nos termos da alínea o) do artigo 3º deste Decreto-Lei perfil profissional é “a descrição do conjunto de actividade e saberes requeridos para o exercício de uma determinada actividade profissional”.

¹⁰⁸ LEITE, Jorge – Flexibilidade funcional, op.cit.,p.31.

A capacidade referia-se às aptidões reais, inatas e/ou adquiridas que o trabalhador detinha no momento em que era dada ordem para desempenhar uma determinada função.¹⁰⁹ O trabalhador podia ter as competências necessárias mas por qualquer razão tê-las perdido (v.g. acidente ou doença) ou porque nunca delas foi efectivamente dotado, embora tivesse obtido uma certificação que não correspondia à realidade.

Assim, além da certificação que atestava, em princípio, a capacidade para o exercício da profissão, a capacidade, além de estar titulada, tinha que existir realmente. A titulação era uma mera presunção dessa capacidade, mas não constituía uma prova irrefutável da sua existência.¹¹⁰

11.3. A afinidade ou ligação funcional com as actividades que correspondessem à função normal

A lei também não definia (e continua a não definir) o que se devia entender por afinidade ou ligação funcional, sendo certo que a definição destes conceitos não era, nem é, tarefa fácil.¹¹¹

De entre as possibilidades de interpretação poderia dizer-se que uma actividade era afim de outra quando ambas tinham um mínimo denominador comum de conhecimentos técnicos e de capacidade prática, assim exigindo conteúdos formativos e bases científicas próximas.¹¹² E duas actividades tinham ligação funcional quando se inseriam num mesmo

¹⁰⁹ LEITE, Jorge – Flexibilidade funcional, op.cit., p.32.

¹¹⁰ ABRANTES, José João – “Flexibilidade e polivalência”, op.cit., p.139.

¹¹¹ Para DIAS, Amadeu – “Polivalência funcional (Alteração do art.22º da Lei Geral do Trabalho)”. QL, Ano IV, nºs 9-10, 1997, p.47, depois de ter feito referência aos nºs 2 e 3 do art. 13º do DL 409/71, preceitos legais que contêm definições com interesse para a interpretação das expressões actividades afins e funcionalmente ligadas, considera que estas têm o sentido de proximidade, acessoriedade ou de integração no resultado final do trabalho. Assim, o empregador tanto poderá incumbir o trabalhador do desempenho de actividades próximas, acessórias ou complementares – afinidade – como de actividades que apresentem correlação com as da sua categoria - função, por se encontrarem integradas no mesmo processo produtivo - ligação funcional. No mesmo sentido, CARVALHO, Catarina - “O exercício do ius variandi no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional”. *Juris et de jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*. Porto: Universidade Católica Portuguesa (Porto), 1998, p.1052.

¹¹² Para MONTEIRO, Luís Miguel Henriques – “Polivalência funcional”, op.cit., p. 302, serão afins as tarefas pertencentes ao mesmo grupo ou profissão (conjunto ordenado de categorias). SILVA, Maria Manuela Maia da - “Mobilidade funcional (Reflexões para um novo entendimento da mobilidade funcional do trabalhador, no contexto da relação de trabalho. Um estudo comparativo”. QL, Ano IV, nºs 9-10, 1997, p.69, defende que

processo produtivo, existindo entre elas uma relação de instrumentalidade ou complementaridade.^{113 114} Seria instrumental ou complementar de uma tarefa aquela que a antecederse ou que se lhe seguisse no processo produtivo. Não bastava que fosse uma tarefa qualquer no processo produtivo,¹¹⁵ o que legislador não pretendeu ao impor tantas limitações ao exercício da polivalência funcional, sendo necessário delimitar as actividades de que o trabalhador podia ser incumbido de desempenhar nos, por vezes, longos e complexos processos produtivos.

O ajustamento do significado das expressões “afinidade ou ligação funcional” por sector de actividade ou empresa, podia ser feito por convenção colectiva (nº 6 do art. 22º).

11.4. A acessoriedade das actividades

De acordo com o disposto no nº 3 do art. 22º, as outras actividades que podiam ser exigidas ao trabalhador tinham que ser exercidas acessoriamente e o trabalhador tinha que manter como actividade principal a sua função normal. Tratavam-se pois de duas actividades exercidas paralelamente, com predominância pela actividade que correspondia à função normal. Não podia, assim, o empregador determinar que o trabalhador deixasse de exercer a sua função normal e passasse a exercer apenas as actividades que tinham com esta afinidade ou ligação funcional. As novas actividades cumulavam-se assim com as próprias da função normal¹¹⁶ e não podiam as actividades acessórias ocupar mais tempo de trabalho do que as tarefas compreendidas na função normal, sob pena de deixarem de ter um

a afinidade das novas funções deverá ter em conta as anteriormente desenvolvidas, a comunidade de trabalho, o ambiente, a idoneidade fisiológica, a aptidão técnica do trabalhador às novas funções, o carácter profissional, habilidade de desempenho das novas funções, o agravamento do risco, bem como o carácter inovador da nova função face à anterior.

¹¹³ ABRANTES, José João – “Flexibilidade e polivalência”, op.cit., p.140.

¹¹⁴ No mesmo sentido, CARVALHO, Catarina, op.cit., p.1053 e LEITE, Jorge – “Flexibilidade funcional”, op.cit., p.33.

¹¹⁵ MONTEIRO, Luís Miguel Henriques – “Polivalência funcional”, op.cit., p.303.

¹¹⁶ No sentido defendido por ABRANTES, José João - “Flexibilidade funcional”, op.cit., p.152. Igualmente, defendendo a cumulação, LEITE, Jorge – “Flexibilidade funcional”, op.cit., p.7, 29 e 34. No mesmo sentido MONTEIRO, Luís Miguel Henriques – “Polivalência funcional”, op.cit., p. 303; CARVALHO, Catarina, op.cit., p. 1051-1052 e FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*, op.cit., p. 215.

carácter acessório.¹¹⁷ Em sentido contrário, Bernardo XAVIER¹¹⁸ que considera que “a acessoriedade não deve ser entendida aqui como actividade que se desenvolve por sistema concomitantemente com a actividade dita “principal””. Poderá acontecer na maioria dos casos mas não é obrigatório. Os interesses empresariais e o próprio sistema de divisão do trabalho podiam exigir que o trabalhador fosse destacado exclusivamente, ou quase, para as funções que a lei classificava de acessórias e exigir que o trabalhador desempenhasse simultaneamente a função normal, podia acarretar uma grande sobrecarga para o trabalhador. O carácter acessório não significava necessariamente que se tratava de um adicional ou complemento. Embora sejam de grande pertinência os argumentos apresentados, acompanhamos os que interpretam o requisito da acessoriedade, no sentido de que o tempo despendido no exercício das actividades acessórias tem que ser menor que o ocupado no desempenho da função normal, por considerarmos que esta era a interpretação que melhor expressava o disposto no nº 3 do art. 22º. O legislador, ao referir que a função normal tem que se manter como actividade principal do trabalhador, exige que o trabalhador continue a desempenhar essa função e não apenas a ser “titular” da mesma.¹¹⁹

11.5. Proibição de desvalorização profissional e de diminuição da retribuição

As funções exercidas acessoriamente não podiam implicar desvalorização profissional do trabalhador nem a diminuição da retribuição. A proibição da diminuição da retribuição já resultava da al. c) do nº 1 do art. 21º do DL 49 408. Implicava desvalorização profissional o exercício de uma função a que correspondesse uma representação social menor.¹²⁰ A lei não proibiu que às funções acessórias pudesse corresponder uma remuneração mais baixa. Tal, aliás, estava previsto, porquanto o legislador ao proibir a diminuição de retribuição estava

¹¹⁷ Conforme se defendeu no Ac. do STJ de 09.03.2004 a propósito do art. 22º do DL 49 408 (relator Ferreira Neto), proferido no processo nº 03S4057. Considerou-se no caso que era ilícito o despedimento de um trabalhador que se recusou a aceitar as ordens para passar a desempenhar exclusivamente outras funções, deixando de exercer qualquer função correspondente à categoria para que foi contratado. A função correspondente à categoria para que foi contratado tem que continuar a ser o elemento central e nuclear da situação do trabalhador, ainda que as novas funções correspondessem a uma categoria mais elevada.

¹¹⁸ “A mobilidade funcional e a nova redacção do artº 22º da LCT”, op.cit., p. 113-115.

¹¹⁹ No sentido defendido por Bernardo Xavier, o Ac. do TRC, de 04.02.99, CJ, Ano XXIV, Tomo I, p.65.

¹²⁰ ABRANTES, José João “Flexibilidade e polivalência”, op.cit., p.141 e LEITE, Jorge “Flexibilidade funcional”, op.cit., p.36.

precisamente a abranger os casos em que às funções acessórias correspondesse uma retribuição menor. Mas, nestes casos, a retribuição do trabalhador não se alterava.

Na procura de um critério que auxiliasse na interpretação do significado de desvalorização profissional recorreu-se às leis sobre formação profissional, considerando-se que implicavam desvalorização profissional as actividades que se mostrassem contrárias à promoção profissional, à melhoria da qualidade de emprego e ao desenvolvimento cultural, económico e social do trabalhador (nº 3 do art. 3º do DL 401/91, 16.10).¹²¹

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.11.2003,¹²² entendeu-se que não constituía desvalorização profissional a atribuição a uma trabalhadora com a categoria de empregada de andares num hotel, em cujo conteúdo funcional figurava, nomeadamente, o dever de proceder ao asseio, ou seja à limpeza, arranjo e decoração dos quartos, das funções da limpeza do bar e recepção do hotel, diariamente, das 8 às 9 horas da manhã. Entre as tarefas que faziam parte da sua função normal e as novas que lhe passaram a ser exigidas existia semelhança e, portanto, afinidade, sendo certo que os trabalhos de limpeza da recepção e do bar não exigiam qualificação especial, podendo a trabalhadora desempenhá-los sem maior esforço. Julgou, assim, improcedente a acção de impugnação de despedimento por desobediência às ordens da entidade empregadora que a trabalhadora tinha intentado.

O nº 4 do art. 22º determinava que o disposto nos nºs 2 e 3 devia ser articulado com a formação profissional e a valorização profissional. Lobo Xavier,¹²³ considerava que este número tinha carácter programático e tratava-se apenas de uma alusão à formação profissional como um direito garantido pela Constituição e pela lei, mas não tendo formalização capaz para servir de base a qualquer direito exercitável dos trabalhadores.

11.6. Direito à reclassificação

¹²¹ ABRANTES, José João – “Flexibilidade e polivalência”, op.cit., p.141. No mesmo sentido, DIAS, Amadeu “Polivalência funcional”, op.cit., p.48 e LEITE, Jorge “Flexibilidade funcional”, op.cit., p. 29.

¹²² Cujo relator é Emérico Soares, proferido no processo 03S520.

¹²³ “A mobilidade funcional e a nova redacção ...”, op.cit., p.103.

Se às actividades acessoriamente exercidas correspondesse retribuição mais elevada, o trabalhador tinha direito à reclassificação, decorridos seis meses, desde que desse o seu acordo (n° 5 do art. 22°).

Este prazo de seis meses só começava a correr desde o início da vigência da L 21/96, em 01.12.96, não relevando o prazo que decorreu até à sua entrada em vigor.¹²⁴

12. Algumas questões no âmbito da polivalência funcional e do ius variandi

12.1. Polivalência funcional natureza imperativa ou supletiva?

O n° 2 do art. 22° (na redacção de 1969 e posteriormente, após a L 21/96, o n° 7 do art. 22°) permitia expressamente que as partes afastassem a possibilidade de *ius variandi*, nada estatuinto a lei quanto à polivalência funcional.

Atento o princípio da liberdade contratual e em nada prejudicando o trabalhador, a parte mais fraca da relação jurídica de trabalho subordinado, não se vislumbravam razões para que não fosse possível às partes convencionarem o afastamento da polivalência funcional.¹²⁵ Pensemos no caso de um trabalhador altamente especializado que investiu muito na sua formação e que entendia que desempenhar outras tarefas afins ou funcionalmente ligadas, poderia causar-lhe diminuição das suas qualidades no desempenho das funções normais.

Catarina Carvalho¹²⁶ referia que, embora concordando com a argumentação de Jorge Leite, não lhe parecia fácil de articular com as demais disposições da L 21/96, desde logo o n° 6 do art. 22° que atribuía às convenções colectivas o poder de ajustamento do disposto no n° 2 e por outro lado, o disposto no art. 7° da L 21/96, por força do qual se deviam considerar revogadas hipotéticas disposições convencionais anteriores proibindo ou limitando o exercício de actividades em regime de polivalência em termos mais restritivos do que os que decorriam do novo diploma legal e que permitia que as convenções colectivas posteriores à sua entrada em vigor pudessem regular as matérias previstas nomeadamente no art. 22°, desde que em sentido mais favorável aos trabalhadores e às

¹²⁴ Conforme se defende no Ac. do STJ de 10.04.2002 (relator Mário Torres), proferido no processo 02S252.

¹²⁵ Nesse sentido, LEITE, Jorge – “Flexibilidade funcional”, op.cit., p.20.

¹²⁶ op.cit., p. 1039 e 1040.

empresas. Nesse quadro, entendia que era duvidosa a admissibilidade quer da proibição do recurso à polivalência funcional, como do alargamento do seu âmbito, por não ser possível à convenção colectiva fazê-lo, simultaneamente, em sentido favorável a ambas as partes.

O condicionamento que o art. 7º da L 21/96 exigia apenas era válido para as convenções colectivas. As convenções colectivas é que estavam obrigadas a convencionarem em sentido mais favorável a ambas as partes. Em nosso entendimento, essa exigência não era extensível aos contratos individuais de trabalho, onde poderia ser inserida uma cláusula de restrição/proibição, mesmo que não dispusesse em sentido mais favorável a ambas as partes. Quanto à inserção de uma cláusula de alargamento, suscitava-nos mais dúvidas. As razões que estavam na base da sua não admissão no *ius variandi*, mantinham-se neste domínio.

Em sentido diferente, decidiu o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08.11.2004,¹²⁷ que considerou que, enquanto em relação ao *ius variandi* o poder do empregador não era absoluto, admitindo a lei a estipulação em contrário, no caso da polivalência funcional nenhuma das disposições que a regulavam consagravam a possibilidade de tal restrição.

12.2. Motivação da ordem de alteração de funções

Ao ordenar ao trabalhador que desempenhasse funções afins ou com ligação funcional ou para exercer funções não compreendidas no objecto do contrato de trabalho, questionava-se se o empregador deveria motivar a ordem, ou seja informar as razões que a determinaram e ainda no caso do *ius variandi*, a sua duração.

O legislador do DL 49408 era omissos quanto a esta matéria. Posteriormente, no âmbito do Código de Trabalho aprovado pela L 99/2003, veio exigir que a ordem de alteração de funções, ao abrigo da mobilidade funcional, fosse justificada com indicação do tempo previsível (artº 314/4 do CT).

A lei também não contemplava este caso no DL 5/94¹²⁸ que impunha ao empregador o dever de informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato de trabalho. Porém, o princípio da boa fé aconselhava que fossem dadas informações ao trabalhador

¹²⁷ CJ, Ano XXIX, Tomo V, p.222.

¹²⁸ Este diploma foi revogado pela alínea r) do nº 1 do artigo 21º da Lei 99/2003.

sobre a transitoriedade da ordem, pois de outro modo como é que o trabalhador poderia aferir da licitude da ordem, pelo menos, num primeiro momento? Se o trabalhador conhecesse as razões do empregador no caso do exercício do *ius variandi*, poder-se-iam evitar más relações e mesmo conflitos entre as partes e evitar o recurso inútil aos tribunais, no caso em que os pressupostos legais se verificassem. Contudo, dado que a lei não exigia a referida fundamentação, afigura-se-nos que, na sua ausência, o trabalhador não podia legitimamente recusar-se a cumprir a ordem^{129 130}.

¹²⁹ No sentido que é necessária a fundamentação, CARVALHO, Catarina – “O exercício do *ius variandi* no âmbito das relações...”, p.1047 e 1048.

¹³⁰ No Ac. do TRP de 7.06.1986, CJ, Ano XI, Tomo IV, p.26, entendeu-se que a entidade patronal devia dar ao trabalhador conhecimento do carácter temporário da mudança, para que ele ficasse em condições de saber se a ordem era legítima ou não. No caso em apreciação, uma vez que não se provou que a entidade patronal tivesse dado a conhecer o carácter transitório da ordem, a desobediência da trabalhadora foi considerada legítima e o seu despedimento com base nessa recusa, foi declarado ilícito.

CAPÍTULO IV

.13. As alterações introduzidas pelo Código do Trabalho, aprovado pela Lei 99/2003, de 27 de Agosto

O Código do Trabalho aprovado pela L 99/2003, diploma ao qual se referem todas as disposições legais, sem indicação da fonte, que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2003 (nº1 do artº 3º), revogou o DL 49 408 (al. a) do nº 1 do art. 21º) que, por sua vez, foi revogado pela al.a) do nº 1 do art. 12º da L 7/2009, de 12.2. Esta lei porém, exceptuando as alterações de pormenor na redacção e de uma sistematização diferente, apenas introduziu duas alterações significativas ao Código de 2003, no domínio que nos interessa, pelo que muita da análise que a seguir se fizer se lhe aplica.

A primeira grande alteração foi introduzida pelo nº 1 do art. 151º “o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que foi contratado”, cabendo às partes definir a actividade para que o trabalhador é contratado (nº 1 do art. 111º), podendo a definição ser feita por remissão para a categoria constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou de regulamento interno da empresa (nº 2 do art. 111º). Deixou assim de se fazer referência à actividade correspondente à categoria (nº1 do art. 22º do DL 49408), como muitos pugnavam (já no Acordo de Concertação Social de Curto de Prazo de 1996¹³¹ se tinha referido no ponto 1.3. “o objecto do contrato de trabalho abrange as actividades para as quais o trabalhador está qualificado e ao alcance das suas capacidades...”). Esta inovação mantém-se no diploma de 2009 (nº 1 do art, 118º).

A lei passou a fazer referência à actividade para o exercício da qual o trabalhador foi contratado, ainda que a actividade contratada possa ser descrita por remissão para categoria profissional constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno da empresa, repetindo o estatuído no nº 2 do art. 111º do CT (nº 2 do art. 151º do CT). Por força desta alteração eliminou-se a correspondência da actividade com a categoria porque esta espartilhava a actividade que poderia ser exigida ao trabalhador, num contexto global de adaptabilidade.

¹³¹ Publicado na RDES, Ano XXXVIII (XI da 2ª série), nºs 1-2-3-4, 1996, p.415.

Os artigos relevantes no que concerne à aceção de categoria profissional como elemento do contrato individual de trabalho eram no DL 49408: a al. d) do nº 1 do art. 21º, os arts. 22º e o 23º. No âmbito do Código de Trabalho de 2003 correspondiam-lhe os nºs 1 e 2 do art.111º e os arts. 151º, 152º, 313º e 314º.

A actividade contratada passou a abranger claramente as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas,¹³² pondo igualmente fim às dúvidas que surgiram sobre se estas actividades integravam ou não, na redacção conferida pela L 21/96 ao nº 2 do artº 22º do DL 49 408, o objecto do contrato de trabalho.¹³³

Abandonou-se também, por contraposição ao nº 2 do art. 22º do DL 49408 (na redacção da L 21/96), a referência à capacidade do trabalhador, mantendo-se a qualificação, que se passou a designar por qualificação profissional, e deixou de se fazer referência à proibição de diminuição da retribuição e à função normal (actividade principal). Contudo, no nº 4 do art. 151º a lei continuou a referir-se às funções afins ou funcionalmente ligadas como funções acessórias. No art. 152º, porém, em vez de se referir a funções acessórias, a lei aludia ao exercício acessório das funções (ditas acessórias). Desapareceu, também, o direito à reclassificação, previsto quando o exercício das funções acessórias se mantivesse após seis meses de exercício das referidas actividades e a articulação com a formação e a qualificação profissional. Manteve-se o direito a retribuição mais elevada, caso às funções afins ou funcionalmente ligadas correspondesse uma retribuição mais elevada e enquanto se mantivesse o seu exercício. (1ª parte do nº 5 do art. 22º do DL 49 408 e art. 152º).

Embora sem a protecção da categoria, o CT de 2003 mantém a protecção do profissionalismo do trabalhador, conforme resulta do preceituado nos nºs 2, 4 e 5 do art. 151º.

¹³² Como refere ABRANTES, João José – “Flexibilidade funcional”, op.cit., p.153 o objecto do contrato de trabalho é agora a actividade contratada, alargada ope legis às funções afins ou funcionalmente ligadas que assim passam a fazer parte automaticamente desse objecto.

¹³³ FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*, op.cit., p. 217, destaca como corolário mais importante do novo regime introduzido pelo Código do Trabalho a reconfiguração do objecto do contrato de trabalho, a partir da actividade contratada, tendo o legislador tomado posição definitiva e indubitável perante a questão da rigidez ou impermeabilidade da categoria, como elemento delimitador do objecto do contrato de trabalho. E essa posição é de que a obrigação do trabalhador abrange as actividades integráveis na sua categoria, acrescidas das que possam ainda estar compreendidas na actividade contratada e ainda tarefas conexas que caibam nas suas possibilidades e no seu tempo de trabalho, e que não acarretem prejuízo profissional ou económico.

13.1. Os requisitos do artigo 151º

Em princípio, o trabalhador devia exercer funções correspondentes à actividade para que foi contratado. A actividade contratada compreendia no Código de 2003 e continua a compreender no Código de 2009:

- . as funções afins ou funcionalmente ligadas;
- . desde que o trabalhador detivesse qualificação profissional adequada; e,
- . essas funções não implicassem desvalorização profissional.

13.1.1. As funções afins ou funcionalmente ligadas

Mantém-se actual o que dissemos a propósito da utilização das expressões idênticas no nº 2 do art. 22º do DL 49 408. Os instrumentos de regulamentação colectiva estabelecem um enorme leque de categorias. Basta consultar alguns acordos de empresa dos CTT ou da ANA – Aeroportos e Navegação Aérea, S.A. para verificar o elevado número de páginas que são dedicadas às categorias. Conhecendo essa realidade, o legislador veio considerar afins ou funcionalmente ligadas, salvo regime em contrário constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, as actividades compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional (nº 3 do art. 151º do CT e nº 3 do actual art. 118º). Este critério pode nalguns casos ser útil para delimitar as funções afins ou funcionalmente ligadas e fornece também uma indicação útil, extraindo-se do mesmo que deviam tratar-se de trabalhos que envolvam aptidões psico-físicas do mesmo tipo.¹³⁴

13.1.2. A qualificação profissional adequada do trabalhador

Veio exigir-se o que já era requerido na vigência do DL 49408 e que, então, o legislador apelidava de qualificação e que agora denominou de qualificação profissional, mantendo-se actuais as considerações supra sobre este pressuposto.

¹³⁴ Conforme FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.215.

Note-se apenas que na vigência do Código do Trabalho de 2003 a lei sobre formação profissional, à qual se recorreu para uma interpretação dos conceitos de desvalorização profissional e qualificação profissional - DL 401/91, de 16 de Outubro -, foi revogada pelo nº 1 do art. 25º do DL 396/2007. No entanto, como também já supra se referiu, o conceito de perfil profissional mantém-se similar. Nos termos do nº 2 do art. 20º do DL 401/91, os perfis profissionais descrevem os conjuntos de competências, atitudes e comportamentos necessários para exercer as funções próprias de um grupo de profissões afins, uma profissão ou um posto de trabalho e no âmbito do DL 396/2007, perfil profissional é a descrição do conjunto de actividade e saberes requeridos para o exercício de uma determinada actividade profissional (al. o) do art. 3º), pelo que o disposto neste novo diploma não altera a análise que foi feita em supra 11.2.

13.1.3. A não desvalorização profissional do trabalhador

A proibição de desvalorização profissional estava também já consagrada no DL 494/08. Também neste tema se recorria à lei da formação profissional – nº 3 do art. 3º do DL 401/91 -, entendendo-se que implicava desvalorização profissional as actividades que não favorecessem a promoção profissional, não melhorassem a qualidade do emprego nem contribuíssem para o desenvolvimento cultural, económico e social. Não se encontra correspondência do texto do nº 3 do art. 3º do DL 401/91 com as novas disposições do DL 396/2007 que se mantêm em vigor.

No Código do Trabalho de 2003 a formação passou a estar integrada na secção de direitos, deveres e garantias das partes nos arts. 123º a 126º. A formação passou a fazer parte integrante do núcleo essencial da relação de trabalho. A formação é um direito do trabalhador – o empregador deve proporcionar ao trabalhador acções de formação profissional adequadas à sua qualificação (nº 1 do art. 123º), mas também um dever – o trabalhador deve participar de modo diligente nas acções de formação que lhe sejam proporcionadas (nº 2 do art. 123º). O legislador de 2003 conferiu assim uma maior relevância à formação profissional, consciente da sua importância numa sociedade em constante alteração como a presente e de elevada competição.

O nº 3 do art. 3º do DL 401/91 continha os objectivos da formação profissional contínua.

O art. 124º continha, nas suas diversas alíneas, os objectivos da formação profissional. Face ao disposto na al. b) do art. 124º podíamos continuar a defender no Código de 2003 que implicava desvalorização profissional o exercício de actividades que não promovessem a valorização profissional, ou seja, que impedissem o desenvolvimento das qualificações do trabalhador. O vertido nas diversas alíneas do art. 124º do CT de 2003 não passou na totalidade para o actual art. 130º do CT de 2009.

13.1.4. Abandono da ideia de acessoriedade das funções afins ou funcionalmente ligadas

O Código do Trabalho de 2003 deixou de exigir que a função normal se mantivesse como principal, até porque abandonou a referência à função normal. No entanto, ao qualificar as funções afins ou funcionalmente ligadas como acessórias no nº 4 do artº 151 do CT, questionava-se (temática que se mantém no Código actual) se, não obstante a ausência da referência à função normal e à actividade principal, as funções afins não tinham que ser exercidas em cumulação com as actividades principais desenvolvidas pelo trabalhador. Se a leitura do nº 4 do art. 151º permitia esta interpretação, já a leitura do art. 152º não a permitia. Este artigo determinava que, quando ao exercício das funções afins ou funcionalmente ligadas, ainda que acessório, correspondesse uma retribuição mais elevada, o trabalhador tinha direito à mesma. Aqui, utilizava-se a expressão “ainda que acessório”, o que significava que esse exercício podia ser acessório ou não.

Em anotação ao art.151º,¹³⁵ Pedro Madeira de Brito defende que o nº 2 do artº 151º é um importante instrumento de flexibilidade na utilização do trabalho, substituindo o anterior instituto da polivalência funcional¹³⁶. Em seu entender, face ao contexto normativo em que inserem cada uma das disposições, não se pode referir que se trata apenas de uma evolução do instituto da polivalência. O art. 151º não tem os contornos de excepionalidade que decorria do regime da polivalência funcional do art. 22º do DL 49408, tendo deixado de exigir que o exercício das funções afins ou funcionalmente ligadas seja acessório com a

¹³⁵ BRITO, Pedro Madeira de, no *Código do Trabalho*, de MARTINEZ, Pedro Romano (et. al.), op.cit., p.266-267.

¹³⁶ Para este autor, só a partir do nº 2 do art. 151º é que são incluídas no objecto da prestação de trabalho as tarefas afins e as com ligação funcional.

manutenção de funções acordadas ou descritas na categoria.¹³⁷ ¹³⁸ A referência a actividades acessórias no nº 4 do art. 151º tem apenas a intenção de realçar que o trabalhador tem direito a formação profissional não inferior a dez horas anuais, ainda que o desempenho das funções afins ou funcionalmente ligadas revista carácter acessório.

Tendo presente que, por um lado, foram eliminadas as referências à função normal e à actividade principal e, por outro, que o carácter acessório parece ter sido afastado, face à redacção do art. 152º, entendemos que a exigência de acessoriedade foi afastada do Código de 2003,¹³⁹ embora se admita que a redacção do nº 4 do art. 151º pode suscitar algumas dúvidas. O legislador não foi claro na redacção do art. 152º e do nº 4 do art. 151º. Tão depressa parece exigir que as funções afins ou funcionalmente ligadas sejam acessórias (nº 4 do art. 151º), como parece prescindir dessa característica (art. 152º).

No sentido de que o exercício das funções afins ou funcionalmente ligadas deixou de ser acessório, pronunciou-se o recente acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.05.2008.¹⁴⁰

No Código do Trabalho de 2003 o exercício das funções acessórias a que correspondesse retribuição mais elevada por um período superior a 6 meses, deixou de conferir o direito à reclassificação como no DL 49408, conforme já se referiu. O exercício das funções acessórias passou a conceder apenas o direito a formação profissional, caso o desempenho dessas funções exigisse especiais qualificações (artº 151/4 do CT de 2003), regime que se mantém no Código de 2009.

¹³⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Código do Trabalho anotado*. Coimbra: Almedina, p.2003, em anot. ao art. 151º defende que se deixou de exigir que o desempenho da função normal permaneça como actividade principal do trabalhador, o que se justifica, em seu entender, porque ao garantir-se uma afinidade entre as funções que o trabalhador desempenha, carece de justificação a existência necessária de uma actividade principal e de outra acessória.

¹³⁸ Em sentido contrário, FERNANDES, António de Lemos Monteiro – *Direito do Trabalho*, op.cit., p.215, “...o género de trabalho reflectido na categoria continuará a ser o elemento central e nuclear da situação do trabalhador (a sua “actividade principal”). A lei admite que sejam exigidas ao trabalhador outras tarefas, fora da categoria, mas como actividades acessórias (art 151º/4 CT), o que antes de mais, implica que elas ocupem, no horário de trabalho, menos tempo do que a principal.” No mesmo sentido deste autor, RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Direito do Trabalho...*, op.cit., p. 378-379.

¹³⁹ No sentido defendido por ABRANTES, José João – *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.138.

¹⁴⁰ Cujo relator é Ferreira Marques, proferido no processo 1650/2008-4.

O nº 5 do art. 151º correspondia com ligeiras alterações ao art. 43º do DL 49 408, substituindo-se a expressão “género de trabalho para que foi contratado” pela expressão “âmbito da actividade para que foi contratado” e a expressão “preparação funcional” pela expressão “qualificação profissional”.

Há que realçar que o recurso à polivalência funcional, ou nos dizeres de outros autores, à flexibilidade funcional,¹⁴¹ não tem que revestir carácter transitório como o recurso à mobilidade funcional, sendo esta uma das grandes diferenças entre as duas figuras.

13.1.5. Efeitos retributivos

O Código do Trabalho de 2003 manteve o direito à retribuição mais elevada, tal como dispunha o nº 5 do art. 22º do DL 49 408 e ainda que o exercício das funções afins e funcionalmente ligadas fosse acessório, o que também se mantém actualmente (art. 267º do CT de 2009). Pode parecer injusto que o trabalhador tenha direito a uma retribuição mais elevada prevista para uma actividade a desenvolver a 100%, se o tempo que despender no seu exercício for muito mais reduzido. Mas digamos que foi a contrapartida prevista para compensar o trabalhador do alargamento do objecto do seu contrato de trabalho.

13.2. As alterações introduzidas ao ius variandi

Conforme já se referiu, o Código do Trabalho passou a designar o *ius variandi* pela designação de mobilidade funcional (epígrafe do art.314º).¹⁴² No nº 1 deste artigo substituiu-se a expressão “serviços não compreendidos no objecto do contrato” do nº 7 do art. 22º (na redacção do DL 21/96) pela expressão “funções não compreendidas na

¹⁴¹ BRITO, Pedro Madeira de, no *Código do Trabalho* de MARTINEZ, Pedro Romano (et.al.), op.cit., p. 266 (anotação ao art. 151º, nota IV).

¹⁴² Para REBELO, Glória - “Para uma Organização qualificante: da importância dos conceitos de actividade e de mobilidade funcional no Código do Trabalho”. *QL*. Ano XII, nº 25, 2005, p.10, a mobilidade funcional assume actualmente uma enorme importância para a competitividade empresarial, significando para os empregadores a possibilidade de responder atempadamente a solicitações previstas ou imprevistas de uma clientela que cada vez mais se rege por padrões de exigência, e para os trabalhadores significa uma condição simultânea de acesso ao mercado de trabalho e de manutenção de emprego.

actividade contratada”. Não se tratou de qualquer alteração significativa, mas sim apenas de harmonizar a redacção do número 1º do art. 314º com a do nº 1 do art. 151º.

A inovação mais referida pela doutrina é a constante do nº 2 do art. 314º que se mantém no nº 2 do actual art. 120º. A partir do Código de 2003 passou a ser possível que as partes por estipulação contratual alargassem ou restringissem a faculdade conferida ao empregador pelo nº 1 do mesmo artigo. Pôs-se assim fim à interpretação que se vinha fazendo no sentido de que a lei só permitia a restrição e não o alargamento, atento o carácter de excepionalidade do *ius variandi* e o princípio da contratualidade e da invariabilidade da prestação.¹⁴³

Não estabelecendo a lei qual o momento em que esta estipulação contratual tem lugar, concluiu-se que tanto poderá ser inicialmente quando da celebração do contrato de trabalho, como posteriormente.

Perguntar-se-à se, com a alteração introduzida pelo Código de 2003, passou a ser possível às partes estipularem o alargamento dos poderes de variação atribuídos ao empregador, sem estarem reunidos todos os requisitos previstos no nº1 do art. 314º do CT ou mesmo nenhum dos requisitos?

As partes podiam e continuam a poder face à redacção do nº 2 do art. 120º do CT revisto, alargar ou restringir o âmbito da faculdade do *ius variandi* desde que não redesenhem o instituto. Se a mobilidade funcional se caracteriza por um exercício temporário, não pode convencionar-se que a entidade patronal pode exigir do trabalhador funções fora do objecto do contrato sem direito a reclassificação, sem limite de tempo. O que as partes podiam e podem convencionar é, no que toca ao alargamento, que é a situação que suscita mais questões, um concreto prazo limite para o exercício transitório de funções e concretizar os conceitos de interesse da empresa e de modificação substancial, adoptando uma interpretação dos conceitos mais flexível.

Por exemplo, a propósito da noção de interesse da empresa no art. 22º do DL 49408 escrevemos supra¹⁴⁴ que se subsume à previsão da norma, nomeadamente, o caso da falta

¹⁴³ ABRANTES, José João em vários artigos da sua autoria (v.g. Flexibilidade funcional, p. 157) tem criticado a alteração constante do nº 2 do artigo 313º do CT, merecendo censura essa possibilidade por não ser respeitado o carácter de absoluta excepionalidade de que o recurso a este instituto deverá revestir, dado dizer respeito a um poder do empregador que excepiona o princípio do artº 406º do CC (princípio da invariabilidade da prestação contratual).

¹⁴⁴ Ponto 8.2.1.

temporária de um trabalhador e de um acréscimo excepcional de trabalho que exija um maior número de trabalhadores numa determina fase produtiva, existindo secções na empresa subocupadas ou que não têm acréscimo de trabalho. Estar-se-à a alargar a faculdade se as partes acordarem que o empregador pode recorrer ao poder de variação sempre que haja acréscimo de trabalho, mesmo que este não revista carácter excepcional.

E no que concerne ao requisito de não modificação substancial da posição do trabalhador, referimos, também acima, que havia que atender ao grau de esforço exigido pelas funções precedentes e as atribuídas ao abrigo do *ius variandi*.¹⁴⁵ Estas não deveriam ser mais penosas para o trabalhador que as que desempenhava no âmbito da actividade contratada. Seria, assim, um exemplo de alargamento o caso em que as partes convencionassem que as funções a exercer ao abrigo da mobilidade funcional, contrariamente às que o trabalhador habitualmente desempenhava, pudessem ser exercidas num sector que fosse mais exigente em termos físicos ou psíquicos para o trabalhador, ou porque obrigava a utilizar material mais pesado ou porque era mais exigente em termos intelectuais, desde que não pusessem em causa a dignidade do trabalhador nem a sua posição na organização empresarial.

Actualmente, face à redacção do nº 3 do art. 120º do CT revisto que dispõe que a ordem de alteração não deve ultrapassar dois anos, as partes poderão convencionar um prazo superior, desde que não perca o carácter de transitório. A possibilidade de alargamento da faculdade conferida ao empregador, além de não permitir a alteração dos pressupostos do instituto de modo a que ele perca as suas características, terá, também, sempre por limite a necessidade de determinação da prestação, sob pena de nulidade, nos termos do nº 1 do art. 280º do CC, assim como os limites decorrentes do princípio da boa fé¹⁴⁶ e do respeito dos direitos fundamentais. Relativamente à boa fé, havia e há que ter presente não apenas o disposto no nº 1 do art. 119º do CT (actual nº 1 do art. 126º do CT de 2009), mas também no seu nº 2 (actual nº 2 do art. 126º) e o estatuído no 149º (al. h) do nº 2 nº 3 do art. 127º no

¹⁴⁵ Supra 8.2.3.

¹⁴⁶ BRITO, Pedro Madeira de, na anotação ao artigo 314º do *Código do Trabalho* de MARTINEZ, Pedro Romano (et.al.), op.cit., p. 480 vem defender que apenas serão lícitas as cláusulas de mobilidade que correspondam a interesses sérios da empresa e contenham um grau de previsibilidade que impeça a indeterminação do objecto do contrato.

Código de 2009), no equilíbrio entre o interesse da empresa e a tutela da posição substancial do trabalhador.¹⁴⁷

Não se pode olvidar e não é de mais relembrar que, no contrato de trabalho as partes não estão em paridade, pelo que não detêm possibilidades idênticas nem quanto à inclusão de cláusulas, nem relativamente à exigência do seu cumprimento. Esquecer esta desigualdade entre as partes é olvidar a razão de ser do próprio Direito do Trabalho.¹⁴⁸

Como já referimos supra, a relação de trabalho subordinado mereceu protecção constitucional pela sua importância. E subjacente ao conceito constitucional da relação de trabalho está a ideia de que os direitos e liberdades do trabalhador não podem ser totalmente postergados pelos interesses empresariais. Sem esquecer a liberdade de empresa, que também mereceu protecção constitucional, há que definir soluções legais que garantam, tanto a liberdade de empresa, como os direitos dos trabalhadores, de modo a assegurar a dignidade e a liberdade destes últimos. O Código do Trabalho revisto transpôs para a lei ordinária muitos desses princípios constitucionais de direitos individuais dos trabalhadores (art 15º e ss do CT de 2003 e 14º e ss no CT de 2009).

Qualquer interpretação dos preceitos do Código do Trabalho terá sempre que nortear-se pelo respeito dos direitos fundamentais que visam proteger a dignidade da pessoa humana, pelo que, como referimos, qualquer cláusula de mobilidade terá que ter os limites decorrentes do princípio da boa fé, do respeito dos direitos fundamentais e procurar o equilíbrio das prestações.¹⁴⁹

¹⁴⁷ No sentido defendido por CARVALHO, António Nunes – “Reflexões sobre a categoria profissional...”, op.cit. p.157.

¹⁴⁸ Como salienta ABRANTES, José João – *Estudos sobre o Código do Trabalho*, op.cit., p.125, “O Direito do Trabalho nasceu porque a igualdade entre o empregador e o trabalhador não passava de uma ficção. O facto de o trabalhador aparecer como a parte mais fraca e a possibilidade real de o empregador abusar dos poderes que o próprio quadro contratual lhe confere justificaram desde cedo a intervenção do legislador no domínio das relações de trabalho e estiveram na génese deste ramo do Direito do Trabalho enquanto segmento do ordenamento jurídico de fortíssima feição proteccionista, que se foi afirmando fundamentalmente através da conjugação entre autonomia colectiva e lei, o único meio de compensar a superioridade fáctica do empregador e ser, desse modo, capaz de impor travões a eventuais abusos dos seus poderes”. Para o mesmo autor, em “A mobilidade dos trabalhadores e o Código do Trabalho”, *Prontuário do Direito do Trabalho*. Nº 68, Maio-Agosto de 2004. Coimbra: Coimbra Editora, p.50, a aposta, em sede de mobilidade funcional no princípio da liberdade contratual “...contraria o desígnio natural do Direito do Trabalho, enquanto instrumento regulador de uma relação poder-sujeição...”. (Este artigo também se encontra publicado na monografia *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.190-202).

¹⁴⁹ AMADO, João, José, op. cit., p. 251-252, a propósito das cláusulas de mobilidade geográfica cujas considerações são, em sua opinião, transponíveis para o domínio da mobilidade funcional (nota 303), defende que não é admissível uma cláusula de mobilidade que coloque o trabalhador à mercê do puro arbítrio da entidade empregadora, assim como não será admissível uma cláusula de inamovibilidade total do trabalhador,

E quanto à polivalência funcional? Poderão ser convencionadas cláusulas como as que lei prevê para a mobilidade funcional?

O Código de 2003 e o Código revisto nada prevêem sobre a possibilidade de cláusulas de alargamento/ restrição nesta sede. Embora a polivalência tenha perdido o carácter excepcional que tinha no DL 49408, ao deixar de ser exigível a acessoriedade, entendemos que, tanto no Código de 2003, como no Código revisto de 2009, é possível às partes excluírem, por acordo, da actividade contratada, as funções afins ou funcionalmente ligadas. Acresce que os diplomas de 2003 e 2009 receberam em vários preceitos o princípio da liberdade contratual das partes, nomeadamente e , respectivamente, no nº 2 do art. 314º e nº 2 do art. 313º (2003) e nºs 2 e 5 do art.120º (2009), pelo que a possibilidade de excluir a polivalência funcional, por acordo das partes, parece-nos dentro do espírito destes diplomas. Quanto ao alargamento, embora equacionável em termos teóricos e já sem as dúvidas que se colocavam na anterior legislação, atentas as alterações legislativas, vimos com dificuldade a sua aplicabilidade prática. Se a faculdade for alargada, não entraremos no domínio da mobilidade funcional?

Tal como no nº 7 do art. 22º do DL 49408, também o nº 3 do art. 314º proibia a diminuição da retribuição, mesmo que às funções exercidas correspondesse uma retribuição mais baixa (proibição que se mantém no Código revisto – nº 4 do art. 120º). Na vigência do DL 49 408 estava previsto que, quando aos serviços temporariamente desempenhados correspondesse um tratamento mais favorável, o trabalhador teria direito a esse tratamento que findava quando terminasse o exercício destas funções. O Código do Trabalho de 2003 substitui a expressão “tratamento mais favorável” pela expressão “o direito a auferir das vantagens inerentes à actividade temporariamente desempenhada” (nº 3 do art. 314º), o que não traduz qualquer alteração a realçar.

A questão que se podia colocar e continua actual, face ao estatuído no nº 4 do art. 120º, em caso do poder de modificação ter sido exercido por necessidade de substituição de um

mesmo em caso de deslocalização do estabelecimento onde este presta serviço, por violarem valores constitucionais. A cláusula de inamovibilidade colocar-se-ia em aparente rota de colisão com a liberdade de iniciativa económica privada e a cláusula de mobilidade não respeitaria o princípio constitucional da estabilidade no emprego que tem também uma vertente espacial : um emprego estável tanto no tempo como espacialmente. Transpondo para o domínio da mobilidade funcional, não será de admitir uma cláusula de mobilidade total que como referimos conduziria à indeterminabilidade da prestação de trabalho.

trabalhador ausente, é se nessa expressão “vantagens inerentes” (hoje condições de trabalho mais favoráveis) estão compreendidas as contrapartidas que o trabalhador substituído auferia em virtude do seu especial empenhamento no exercício da sua actividade ou especiais qualidades, que deu causa a que a entidade patronal o remunerasse acima do que impunha o instrumento de regulamentação colectiva aplicável.

Afigura-se-nos que não. Se a entidade patronal estava a pagar ao trabalhador ausente, por força das suas qualidades pessoais, uma retribuição acima da tabela quando, em regra, aplica aos seus trabalhadores, os montantes das tabelas, não está obrigada a pagar ao trabalhador substituto para além do que o instrumento de regulamentação aplicável estabelece para a categoria do trabalhador substituído. O que a entidade patronal pagava a mais a este último para recompensar as suas qualidades, porque contrapartida destas qualidades, não tem que ser pago ao substituto, o qual poderá nem as ter. Ao trabalhador substituto será devido o que estabelece o instrumento de regulamentação colectiva para a categoria cujas funções foi exercer.

Na vigência do DL 49408 discutia-se se a ordem de alteração deveria ser fundamentada, como mencionámos supra.¹⁵⁰ O legislador pôs fim a essa controvérsia, passando a exigir que a ordem seja justificada e que seja indicado o tempo disponível. Não estabelece qual a consequência para falta de cumprimento deste preceito. Afigura-se-nos que a consequência para o incumprimento será o não acatamento da ordem pelo trabalhador, sem que tal lhe possa ser censurado.¹⁵¹ O legislador não exige que a ordem tenha que ser dada por escrito, encontrando-se submetida ao princípio da consensualidade ou liberdade de forma, previsto no artº 219º do CC.¹⁵²

A partir do Código do Trabalho de 2003 está expressamente previsto que o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções que exerça temporariamente (nº2 do art. 313º e nº 5 do art. 120º do Código de 2009), salvo estipulação em contrário.

¹⁵⁰ Ponto 12.2.

¹⁵¹ No mesmo sentido, BRITO, Pedro Madeira de, na anotação ao artigo 314º do *Código do Trabalho* de MARTINEZ, Pedro Romano (et. al.), op.cit., p. 479. Para este autor o Código do Trabalho introduziu ao lado dos requisitos materiais – existência de um interesse legítimo do empregador na variação; transitoriedade da necessidade que determina a modificação; e, inexistência de modificação da posição substancial do trabalhador; requisitos de ordem formal – indicação dos motivos que justificam o ius variandi, por reporte ao interesse da empresa; indicação da duração do ius variandi; e adequação do motivo invocado ao limite máximo de tempo de duração do ius variandi. A ausência de qualquer um dos seis requisitos tem como consequência a ilicitude da ordem do empregador, pelo que o trabalhador não lhe deve obediência.

¹⁵² Conforme se defende no Ac. do STJ de 22.10.2008, proferido no processo nº 07S3666.

CAPÍTULO V

14. As alterações introduzidas pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro

14.1. No âmbito do objecto do contrato de trabalho

Tal como na quase totalidade dos artigos do Código do Trabalho aprovado pela Lei 9/2003, na revisão operada pela L 7/2009, em obediência ao disposto no artigo 20º do diploma preambular que impunha a revisão do código no prazo de 4 anos, a partir da data da sua entrada em vigor, o art. 118º que corresponde ao artigo 151º do CT na versão de 2003, sofreu alterações de pormenor na redacção dos seus diversos números.

O CT revisto, diploma a que se referem todas as disposições legais sem indicação da fonte, procedeu a uma nova sistematização e todas as matérias constantes dos arts. 111º, 151º e 313º e 314º no Código do Trabalho de 2003 passaram a constar de uma única secção, com a denominação de “Actividade do trabalhador” onde se dispõe agora sobre a formação e execução do contrato, alteração da categoria e mobilidade. Contudo, a matéria constante do art. 152º do Código de 2003 passou para o art. 267º dedicado à retribuição.

O nº 1 do art. 118º reúne agora o disposto nos nºs 1 e 5 do art. 151º do Código de 2003 com meras alterações de pormenor, e assim, onde antes se referia que o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que foi contratado, menciona-se, agora, que o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado. Dado que o contrato de trabalho é uma realidade dinâmica que não se esgota no momento da outorga do contrato de trabalho, a alteração introduzida traduz melhor esta realidade.

E enquanto no nº 5 do art. 151º do Código de 2003 se referia que o empregador “deve procurar atribuir” a cada trabalhador as funções mais adequadas, no nº1 do art. 118º menciona-se que o empregador deve atribuir. Com esta alteração a norma do nº 1 passou a ser mais impositiva e menos programática.

Onde se lia no nº2 do art. 151º do Código de 2003 “a actividade contratada, ainda que descrita por remissão para categoria profissional constante de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”, passou a ler-se no nº 2 do art. 118º “a actividade

contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho...”. Substitui-se a expressão “descrita” por “determinada”, certamente devido ao papel que o elenco das funções compreendidas numa categoria normativa tem na determinação do objecto do contrato de trabalho, embora não se esgote nela. A categoria funciona apenas como mero ponto de partida para avaliar o objecto do contrato, nas palavras de João Leal Amado.¹⁵³ Desapareceu a expressão “qualificação profissional adequada” e passou a constar apenas a expressão “qualificação adequada”. O motivo desta alteração terá sido provavelmente para que a expressão abrangesse todas as qualificações do trabalhador: as académicas e as profissionais. Retomou-se a exigência da capacidade do trabalhador, como no diploma de 2003, mas agora denominando-a de “aptidões”.

No nº 3 do art. 118 as alterações introduzidas não são relevantes, tendo substituído-se, entre outras expressões, a menção a “as actividades compreendidas no artigo no mesmo grupo ou carreira funcional” do nº 3 do artº 151º do Código de 2003, pela “as funções compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional”. Tratou-se apenas, em nosso entender, de uma maneira diferente de redigir, mas sem implicações práticas.

A violação do disposto nos nºs 1 a 4 do art. 118º constitui contra-ordenação grave (artº 118/5). No Código de 2003 apenas a violação do nº 4 do art. 151º que estabelecia o direito a formação profissional não inferior a 10 horas anuais, sempre que o exercício das funções acessórias exigisse especial qualificações, é que constituía contra-ordenação grave nos termos do art. 656º do CT de 2003. Actualmente a violação de qualquer das disposições do art. 118º constitui contra-ordenação grave. Trata-se de inovação a aplaudir. A fiscalização eficaz e a punição das condutas violadoras do disposto no art. 118º constitui um meio para dissuadir o empregador do incumprimento.

14.2. No âmbito da mobilidade funcional

As disposições sobre mobilidade funcional encontram-se agora logo a seguir ao artigo que estatui sobre as funções desempenhadas pelo trabalhador (art.118º) no art.120º, em vez de muito mais à frente (art. 314º), como acontecia na versão inicial. No Código de 2003 a

¹⁵³ Op.cit., p.236-237.

mobilidade funcional, juntamente com mobilidade geográfica e a transferência temporária estava na secção I com a epígrafe “mobilidade” do capítulo VII com a denominação “vicissitudes contratuais” e no Código revisto está na secção V com a epígrafe “actividade do trabalhador”. Afigura-se-nos que a inserção sistemática agora existente torna mais fácil a consulta para o intérprete e aplicador do direito.

Os nºs 1 e 4 do art. 120º têm alterações na sua redacção, sem inovações a realçar. O nº 5 corresponde ao nº 2 do art. 313º no Código de 2003 e o nº 7 tipifica como contra-ordenação a violação do disposto nos nºs 1, 3 ou 4, classificando-a como grave que corresponde ao art. 673º do Código de 2003.

14.2.1. Às cláusulas de mobilidade

A maior inovação no preceito dedicado à mobilidade funcional é a introdução de um limite à vigência das cláusulas de mobilidade, estabelecendo-se que o acordo mediante o qual as partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida ao empregador de fazer variar a prestação de trabalho para lá da actividade contratada, caduca ao fim de dois anos, se não tiver sido aplicado (nº 2 do art. 120º). Igual limite veio o legislador a consagrar no nº 2 do art. 194º, relativamente à transferência do local de trabalho. No nº2 do art. 314º do CT de 2003 referia-se que as partes podiam alargar ou restringir a faculdade conferida ao empregador mediante estipulação contratual, agora refere-se a acordo, o que traduz apenas uma mera opção de redacção, sem relevo.

Com a fixação de um prazo de caducidade pretende-se obviar que o trabalhador que acorde numa cláusula de mobilidade, alargando a faculdade de recurso do empregador, não seja surpreendido com o seu exercício, depois de vários anos em que a cláusula não foi aplicada, criando-lhe a forte convicção de que já não o seria. Por isso, se estabelece a caducidade do acordo ao fim de dois anos, se não tiver sido aplicado, de modo a reavaliar-se a situação e aferir-se da necessidade ou desnecessidade de novo acordo.¹⁵⁴ No entanto, embora concordemos com a introdução deste prazo, colocam-se algumas questões. Nomeadamente,

¹⁵⁴ AMADO, João Leal, op. cit., p. 254, face ao estabelecimento de um limite de dois anos sob pena de caducidade, vem mostrar algum receio de que esta solução que bem se compreende, em prol da defesa dos direitos do trabalhador, produza efeitos perversos. O empregador, só para evitar a caducidade, pode ser tentado, quando se estiver a esgotar o prazo de dois anos, a fazer uso da mesma.

como foi referido por António Nunes de Carvalho, numa conferência que teve lugar em Lisboa, no dia 25 de Junho de 2009, subordinada ao tema da mobilidade funcional, promovida pela Autoridade para as Condições do Trabalho, como é que se faz caducar pela sua não aplicação uma cláusula de não uso da faculdade prevista no nº 1 do art. 120º? Se as partes acordaram que o empregador não poderia usar esta faculdade, ao não atribuir ao trabalhador qualquer função para além do objecto do contrato de trabalho, a cláusula está em uso, pelo que não caduca. Para a fazer caducar, o empregador teria que infringir o acordado. Convencionar uma cláusula de restrição total parece significar acordar uma cláusula para vigorar durante todo o período de vigência do contrato de trabalho, o que do ponto de vista do trabalhador é-lhe favorável. O prazo de caducidade foi incluído no nº 2 do art. 120º do CT para proteger o trabalhador, pelo que o seu campo de actuação é o das cláusulas que podem colidir com os seus interesses e direitos: o das cláusulas de alargamento.

Nada impede que as partes convencionem que o prazo de dois anos seja prorrogável por igual período e sucessivos. E se próximo do fim do prazo de dois anos o empregador aplicar a cláusula acordada (no caso de cláusula de alargamento), então o acordo não caducará e renovar-se-à por mais dois anos, podendo caducar ou não, conforme a cláusula tenha de novo sido accionada ou não. Nos casos em que o empregador sistematicamente aplica a cláusula próximo do fim do prazo para que esta não caduque, haverá que apreciar se não se trata de um caso de violação do princípio da boa fé. A contagem do prazo de dois anos apenas se inicia a partir da entrada em vigor do Código do Trabalho revisto.

14.2.2. À definição e interpretação do carácter temporário

Finalmente e depois de tanta controvérsia sobre qual a interpretação a dar à expressão “temporariamente” no nº 1 do art. 314º do CT e, antes dele, no nº 2 do art. 22º do DL 49 408 (e no nº 7 do mesmo artigo, após as alterações introduzidas pela L 21/96), o nº 3 do art. 120.º vem estabelecer um limite máximo para a duração da alteração de funções: dois anos. Embora concordemos com a aposição de um limite, pela segurança que imprime às relações jurídicas, entendemos que dois anos são um período temporal excessivo para uma actividade excepcional e que está fora do objecto do contrato. Acresce que estar dois anos a

desempenhar funções que não as contratadas, pode ser extremamente penoso. Note-se que o trabalho não é apenas fonte de rendimentos, mas de realização pessoal e se o trabalhador concordou em prestar uma actividade, poderia não ter contratado, se o objecto da prestação fosse outro e acaba por ter que desempenhar, afinal, uma actividade diferente durante um período longo (embora, desde que tal não implique modificação substancial da sua posição). Contudo, tendo presente que a jurisprudência sempre interpretou a expressão “temporariamente” com grande flexibilidade¹⁵⁵ como supra referimos¹⁵⁶, este prazo de dois anos constitui um limite máximo muito moderado.

Na vigência do DL 49408 entendíamos que, tendencialmente, a partir de seis meses,¹⁵⁷ as funções que estavam a ser exercidas a título excepcional, começavam a perder esse carácter. Obviamente que também não defendíamos um limite rígido, uma vez que a redacção do artigo 22º não o permitia. Se o trabalhador estava a substituir outro trabalhador e este regressava ao fim de 8/9 meses, não era por a substituição ter ultrapassado seis meses que se ia considerar ilegítimo o direito exercido pelo empregador. Mas na generalidade das situações o exercício superior a seis meses retirava-lhe o carácter excepcional das tarefas desenvolvidas. E se o legislador entendeu no nº 5 do artigo 22º do DL 49408, na redacção introduzida pelo artigo 6º da Lei 21/96, de 23.07 que o exercício das actividades acessoriamente exercidas, a partir de seis meses, se lhe correspondesse retribuição mais elevada, dava direito a reclassificação do trabalhador, se este concordasse com a mesma, parecia ter considerado os seis meses como o período a partir do qual se justificava uma alteração da posição do trabalhador. Não se desconhece o entendimento perfilhado no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.02.2005, onde se considera (no domínio da redacção conferida pela L 21/96 ao artigo 22º do DL 49408) que não é aplicável analogicamente ao *ius variandi* o disposto no nº 5 do art. 22º do DL 49408, pois a analogia

¹⁵⁵ Por exemplo, no Ac. do TRP de 15.01.90, CJ, Ano XV, Tomo I, p.268, entendeu-se que não tinha direito à reclassificação o trabalhador que tinha desempenhado durante quase 3 anos funções superiores que eram exercidas por um colega que se reformou e num lugar que era preenchido por concurso, por se ter considerado estas funções como temporárias. No Ac. da RL, de 1.2.1984, CJ Ano IX, Tomo I, p.183, considerou-se que “a nomeação de um trabalhador para o exercício interino de um cargo superior à sua categoria profissional não lhe dá o direito de requerer a sua reclassificação na categoria desempenhada interinamente, ainda que aquele exercício se prolongue por mais de seis meses, designadamente se esse prolongamento se deveu a razões independentes da vontade da entidade patronal.”

¹⁵⁶ Ponto 8.2.2.

¹⁵⁷ MONTROYA MELGAR, Alfredo – *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p.419 entende que o exercício das funções transitórias durante seis meses no prazo de um ano e durante oito meses num prazo de dois anos, confere direito à reclassificação no direito espanhol.

só é admissível quando haja lacuna da lei e no caso não há, porquanto o exercício do *ius variandi* se encontra perfeitamente regulamentado.¹⁵⁸ Mas, ao defendermos o que defendíamos, não estávamos a fazer qualquer aplicação analógica. Tudo depende da interpretação conferida ao vocábulo transitório. E encarregar temporariamente é atribuir funções por um período limitado no tempo, funcionando o período superior a seis meses como um índice de que a situação não é temporária, o que em conjugação com os demais factos apurados no caso concreto – tempo provável do exercício das funções, intenção da entidade empregadora, razões que determinaram o *ius variandi* – permitia concluir, ou não, pela legitimidade da ordem da entidade patronal.^{159 160}

Não concordávamos assim com o entendimento de que o exercício de funções temporárias ao abrigo da *ius variandi*, seja qual fosse a sua duração, não consubstancia nem determina uma alteração definitiva do objecto do contrato de trabalho.¹⁶¹

Actualmente, face à oposição de um limite de dois anos, esta reflexão deixou de ter qualquer suporte legal.

¹⁵⁸ Relator Sousa Peixoto, proferido no processo 04S3159. No mesmo sentido, o Ac. do TRL, de 18.01.2006 (relatora Isabel Tapadinhas), proferido no processo nº 10206/2005-4.

¹⁵⁹ BRITO, Pedro Madeira de, na sua anotação ao artigo 314º do CT no Código do Trabalho MARTINEZ, Pedro Romano (et.al.), op.cit., p.477, cuja redacção é semelhante ao nº 2 do art. 22º do DL 49 408, vem defender que o que está em causa não é a transitoriedade de funções, mas sim do facto que determinou o recurso ao *ius variandi*, não existindo qualquer restrição temporal ao seu exercício, sendo exigíveis as prestações nesse âmbito, enquanto se verificar a natureza transitória da necessidade que lhe deu origem. Esta interpretação permite que situações ao abrigo do *ius variandi* se possam prolongar por vários anos, o que, entendemos, contraria o carácter excepcional e transitório da figura.

¹⁶⁰ As convenções colectivas inseriram no seu texto cláusulas relativas à “interinidade de funções”, nas quais se prevê o acesso automático à categoria superior, quando as tarefas desempenhadas e que constituem o núcleo central dessa categoria, estão a ser desempenhadas, ao abrigo do *ius variandi*, para além de certos limites temporais, assim protegendo o trabalhador de abusos por parte da entidade patronal, cfr. refere CARVALHO, António Nunes de - “Jus variandi e promoção” (comentário ao Ac. do TRL de 12/06/1991). RDES. Ano XXXIX (VII da 2ª série) – nºs 1-2-3, 1992, p.129 a 130.

¹⁶¹ Defendido por alguns autores e, nomeadamente, no acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.11.90. Tratava-se de um caso em que o trabalhador desempenhou funções fora do objecto do seu contrato durante mais de cinco anos. Vemos com dificuldade que um desempenho durante um tão largo período possa ser considerado como transitório. Se as funções atribuídas ao trabalhador ao abrigo do poder modificativo da prestação se esgotaram ao fim desse período, o que não consta no elenco dos factos provados, a entidade patronal ou lhe atribuía outras dentro do elenco de funções da categoria à que entretanto deveria ter ascendido, ou não tendo outras para lhe atribuir, deveria reclassificá-lo em categoria equiparada. No mesmo sentido, Ac. do STJ, de 16.06.1993, CJ/ STJ, Ano I, Tomo II, p.297. Neste caso, o trabalhador exerceu funções diferentes e superiores durante mais de 4 anos.

Finalmente, consideramos ainda que a estipulação do prazo de dois anos não é meramente indicativa, face à expressão empregue pelo legislador: “a ordem de alteração...não deve ultrapassar dois anos”.

14.3. Possibilidade de afastamento do disposto nos n.ºs 1 a 5 do art. 120º do CT revisto por instrumento de regulamentação colectiva

No n.º 6 do art. 120º prevê-se agora expressamente (o que não acontecia no Código de 2003) que o disposto nos arts.1 a 5 possa ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, tal como se prevê no n.º 6 do art. 194º do Código do Trabalho, para a transferência do local de trabalho. Consequentemente, um instrumento de regulamentação colectiva poderá introduzir limites às cláusulas de mobilidade, embora sendo as convenções ou os acordos fruto de um acordo de vontades, não será fácil obter o acordo das entidades empregadoras para a introdução de cláusulas de restrição, embora possa ser negociável por cedência de um direito equivalente por parte dos trabalhadores. Poderá também alargar o seu âmbito, mas também, tal como no caso do acordo entre trabalhador e empregador, sem redesenhar o instituto, tal como se impõe nos contratos individuais de trabalho. Na vigência do DL 49408 a possibilidade das convenções colectivas disporem sobre o preceituado no art. 22º estava previsto no n.º 7 da L 21/96, mas em termos mais limitados. Poderá, assim, o instrumento de regulamentação colectiva prever um prazo mais longo que o estatuído no n.º 2 do art. 120º, ou seja, em vez de um limite de 2 anos, prever 3, mas não poderá alargar o prazo de tal modo que ele perca o carácter de temporário.

A possibilidade de alargamento por acordo suscita-nos maiores receios que a concedida aos instrumentos de regulamentação colectiva, porquanto, neste último caso os trabalhadores estão mais protegidos, dado o maior poder negocial das associações sindicais.¹⁶²

14.4. Frequência do recurso ao ius variandi

¹⁶² RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003, p.59 e 60, defende que deveria caber aos instrumentos de regulamentação colectiva definir quais as categorias de trabalhadores que poderiam efectuar acordos de alargamento dos poderes de variação do objecto contratual, limitando essas categorias aos trabalhadores com uma efectiva capacidade negocial.

A lei não estabelece limites ao número de vezes em que o empregador pode recorrer à mobilidade funcional. Desde que verificados os requisitos, o empregador pode recorrer a esta faculdade várias vezes durante a vigência do contrato de trabalho, ressalvando-se as situações em que haja abuso de direito.¹⁶³ O legislador apenas impôs que a ordem não pode ultrapassar dois anos, mas não refere se esse prazo tem que ser seguido. Em nosso entender, o limite de dois anos aplica-se, em princípio, às situações em que o exercício de funções fora da actividade contratada é contínuo. Numa relação duradoura, como é tendencialmente a relação de trabalho subordinada, o exercício interpolado por curtos períodos, ao longo de 10/15 anos, num total superior a 24 meses (ultrapassando o limite de dois anos previsto no n° 3 do art.120º), dilui-se e não é demonstrativo da necessidade permanente do trabalhador no desempenho dessas funções. É essa necessidade permanente que está subjacente ao limite de dois anos agora estabelecido, assim como a tutela das expectativas do trabalhador. Um trabalhador que está a desempenhar funções superiores, fora da actividade contratada, durante mais de dois anos seguidos, cria expectativas de ascender à categoria superior, o que já não acontece quando o trabalhador apenas as desempenha, por um, dois ou três meses.

¹⁶³ Conforme se defendeu no Ac. já citado do STJ, de 23.02.2005 (relator Sousa Peixoto), proferido no processo n° 04S3159, em que se considerou que não há limites ao número de vezes que a entidade patronal pode recorrer à faculdade de variação, desde que se verifique, motivo sério, objectivo e transitório a justificar esse recurso, ressalvando as situações em que haja abuso de direito. No caso, o trabalhador no espaço de 3 anos tinha sido incumbido por diversas vezes de exercer funções de uma categoria profissional que não era a sua, em substituição de colegas ausentes em férias e de um colega ausente por doença. No Tribunal da Relação tinha-se entendido que o trabalhador tinha exercido funções por mais de seis meses e portanto tinha direito à reclassificação, tendo o Tribunal da Relação aplicado por analogia o disposto no n° 5 do artº 22º do DL 49408.

CAPÍTULO V

15. Distinção do ius variandi/mobilidade funcional de figuras afins

15.1. Distinção da polivalência funcional

Enquanto na mobilidade funcional a variação tem que ser sempre transitória na mobilidade funcional tal não é exigido. As funções afins ou funcionalmente ligadas podem ser exercidas a título definitivo.

Na mobilidade funcional as funções exigidas estão fora do objecto do contrato e na polivalência funcional estão compreendidas no seu objecto.

Na faculdade prevista no actual art. 120º, diploma ao qual se continuam a reportar todas as disposições legais citadas sem a indicação da fonte, a ordem de alteração tem que ser justificada e deve mencionar a duração previsível da alteração, o que não é exigível na polivalência funcional.

No artigo 120º exige-se que da alteração não resulte modificação substancial da posição do trabalhador e no 118º apenas se impõe que as funções atribuídas não impliquem desvalorização profissional.

Na mobilidade funcional está expressamente prevista a possibilidade de alargamento ou restrição da faculdade conferida ao empregador e a lei é omissa, no caso da polivalência funcional, quanto a esta possibilidade.¹⁶⁴

15.2. Distinção da alteração temporária do horário de trabalho

Como o seu próprio nome indica, a mobilidade funcional apenas tem a ver com a alteração de funções e não com qualquer outra alteração das condições do contrato de trabalho.

Contudo, por vezes, a alteração de funções pode implicar a alteração de outras condições da prestação de trabalho, mas que não se confundem com a mobilidade funcional que apenas diz respeito, frisamos, à alteração de funções.

¹⁶⁴ Sobre as diferenças entre estas duas figuras pronunciou-se o Ac. do TRP de 04.06.2007 (relator Domingos Morais), proferido no processo nº 0617278.

Na vigência do DL 49408 levantaram-se algumas dúvidas sobre se o *ius variandi* não cobriria outras situações de alteração temporária de elementos do contrato de trabalho.

No acórdão da Relação de Lisboa, de 20 de Março de 1991, apreciou-se o caso de um trabalhador que exercia funções no bar de um complexo balnear com a categoria de estagiário de empregado de balcão de 1º ano e com um determinado horário, a quem a entidade patronal ordenou que, transitoriamente, durante o período de férias de um outro empregado com a categoria profissional de empregado de mesa de 1ª, passasse a desempenhar funções no restaurante do mesmo complexo balnear, com um horário diferente.

No bar, as funções do trabalhador consistiam em atender os clientes ao balcão, preparar os alimentos e bebidas por estes pedidos e servir os mesmos, normalmente ao balcão e ocasionalmente às mesas, cobrar os preços e limpar e arrumar as instalações. No restaurante, consistiam em preparar bebidas conforme as ordens apresentadas por outros empregados e servir à mesa comida e bebidas aos clientes. No bar, o horário do trabalhador era das 9 às 18 horas, com o intervalo de 1 hora para almoço e, no restaurante, era das 11 às 15 horas e das 18 às 24 horas. O trabalhador recusou-se a obedecer e foi despedido.

No identificado acórdão foi julgada improcedente a acção interposta pelo trabalhador por se ter considerado que as ordens da entidade patronal se subsumiam à previsão do nº 2 do art. 22º, estando preenchidos todos os requisitos do *ius variandi*.¹⁶⁵ As funções que eram exigidas ao trabalhador tinham grande afinidade com as suas funções habituais, dentro do mesmo ramo de actividade, não eram vexatórias nem humilhantes e não traduziam qualquer despromoção, antes pelo contrário, as novas funções eram mais elevadas. Quanto à mudança de horário, não se recorreu ao disposto na cláusula 29ª do CCT aplicável que dispunha quanto à alteração do horário de trabalho e que se tivesse sido aplicada não permitia a alteração unilateral do horário de trabalho, por se entender que a mesma preceituava para situações de alteração do horário quando o trabalhador se encontrava a

¹⁶⁵ No mesmo sentido, considerando que a entidade patronal pode alterar o horário de trabalho do trabalhador ao abrigo do *ius variandi*, Ac. do TRL de 21.03.90, CJ, Ano XV, Tomo II, p.194. Neste acórdão em que o trabalhador tinha expressamente acordado com a entidade patronal – uma empresa de prestação de serviços de vigilância e segurança – o seu horário de trabalho, considerou-se que o mesmo podia ser alterado ao abrigo do *ius variandi*, adequando-o às necessidades dos clientes.

cumprir a normalidade das suas funções, o que não era o caso, estando a situação em apreciação justificada pelo *ius variandi*.¹⁶⁶

Pensamos, todavia, que a alteração provisória do horário de trabalho não podia (nem pode) ser justificada com o *ius variandi*, figura com a qual não se confundia.

15.3. Distinção da transferência temporária do local de trabalho

Outra das situações que era reconduzida à figura do *ius variandi* era a transferência temporária do local de trabalho.

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 1991,¹⁶⁷ defendeu-se que não eram aplicáveis as normas sobre proibição de transferência do local de trabalho de um representante dos trabalhadores, numa situação em que o trabalhador tinha sido mudado de local de prestação de trabalho, em consequência de uma ordem dada ao abrigo do *ius variandi*, por se tratar de uma alteração provisória de local de trabalho e a proibição apenas se aplicar à transferência definitiva de local de trabalho. Aqui nem se discutiu se havia ou não alteração de funções, o que, como referimos constitui o cerne do *ius variandi*. A questão fulcral era somente se a deslocação temporária de um trabalhador membro da sub-comissão de trabalhadores, para fazer face a um acréscimo de serviço num determinado departamento era ou não legítima e entendeu-se que sim, por se considerar que o *ius variandi* também abrange alterações transitórias ao local de trabalho. Somos levados, contudo, a perfilhar outro entendimento.¹⁶⁸

Na vigência do DL 49 408 havia autores¹⁶⁹ que entendiam que as normas do art. 24º apenas se aplicavam quando a transferência do trabalhador tinha carácter definitivo e, por isso, no acórdão referido não se aplicou o art. 24º do DL 49408, mas o seu art.22º. Em nosso entender o art. 24º do DL 49 408 não distinguia entre transferência temporária e

¹⁶⁶ Este acórdão foi comentado por CARVALHO, António Nunes de - “Jus variandi e horário de trabalho...”, op.cit., p.133 a 145.

¹⁶⁷ Publicado na CJ, ano XVI, Tomo III, p.222.

¹⁶⁸ Em sentido contrário, CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., p.679. Para este autor do exercício do *ius variandi* pode resultar a alteração do modo, local e âmbito da actividade a prestar. Designadamente, pode conduzir à deslocação geográfica do trabalhador dentro e fora do círculo da empresa e à colocação do trabalhador em empresa diferente da sua.

¹⁶⁹ Nesse sentido, CORDEIRO MENEZES – *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., p.687.

definitiva.¹⁷⁰ O carácter transitório da transferência seria apenas um elemento a ter em conta no juízo a formular sobre se a transferência causava ou não prejuízo sério ao trabalhador (o artº 24º apenas permitia a transferência quando esta não causasse prejuízo sério ao trabalhador). Na apreciação do prejuízo sério, além do carácter temporário ou definitivo da transferência, havia (e continua a haver, uma vez que a lei mantém a exigência de inexistência de prejuízo sério) que ponderar da morosidade da deslocação, da acrescida dificuldade de transporte, das alterações provadas pela deslocação na vida familiar do trabalhador e na ocupação dos seus tempos livres. Para além destes parâmetros o prejuízo sério devia ser avaliado também em conformidade com o princípio da boa fé no cumprimento dos contratos.¹⁷¹

O Código do Trabalho de 2003 e o de 2009 vieram expressamente regular os casos de transferência definitiva e de transferência temporária (nºs 1 dos arts. 315º e 316º do CT de 2003 e al. b) do nº 1 do art. 194º do Código do Trabalho de 2009), pelo que a questão ficou ultrapassada.

15.4. Da distinção da cessão de trabalhadores

O que caracteriza a figura da cessão de trabalhadores é que se opera uma modificação da entidade a quem o trabalhador presta trabalho. O trabalhador até pode continuar a exercer as mesmas funções que exercia anteriormente, o destinatário da sua disponibilidade de trabalho é que muda. A cedência carece do acordo do trabalhador (al. c) do nº 1 do art. 289º do CT de 2009 e anteriormente nº 2 do artº 325 do CT de 2003 e, antes deste, a al. c) do nº 1 do artº 27º do DL 358/89), acordo esse que não é necessário na modificação operada pelo exercício da mobilidade funcional, uma vez que se trata de uma decisão unilateral por parte da entidade empregadora.

¹⁷⁰ No sentido defendido por CARVALHO, Catarina Nunes de Oliveira - *Da mobilidade dos trabalhadores no âmbito dos grupos de empresas nacionais*. Porto: Universidade Católica, 2001, p.155.

¹⁷¹ Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho, op. cit.*, p.732.

Algumas decisões jurisprudências submeteram casos de cedência temporária de trabalhadores à figura do *ius variandi*,¹⁷² antes da entrada em vigor do DL 358/89. Exemplo da posição da jurisprudência após a sua entrada em vigor, é o acórdão da RL, de 18.04.2002,¹⁷³ onde expressamente se refere que o *ius variandi* não comporta a cedência de trabalhadores, pois dada a sua amplitude implicaria sempre uma alteração substancial da posição do trabalhador e que se tal poderia ser defensável, antes da publicação do DL 358/89, na ausência de regulamentação específica sobre a cedência, após a sua entrada em vigor, deixou de o ser.

Do que ficou dito nos pontos 14.2 a 14.4, na vigência do DL 49 408 verificava-se, assim, a existência de um entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de fazer abranger pela figura do *ius variandi* todas as situações em que ocorria uma alteração unilateral temporal de um elemento do contrato.

15.5. Distinção da promoção

Na promoção, o que não sucede na mobilidade funcional, ocorre uma alteração da categoria profissional a título definitivo, o que exige o acordo expresso ou tácito entre as partes do contrato (nº 1 do art. 406º do CC). Na mobilidade funcional o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções temporariamente exercidas (nº 5 do art. 120º do CT revisto), e não é necessário o seu acordo para exercer as funções correspondentes a outra categoria, tratando-se de uma modificação unilateral por via do poder determinativo da função do empregador.

15.6. Distinção da comissão de serviço

Na comissão de serviço, tal como nos casos de variação de funções por determinação da entidade patronal, a atribuição de novas funções é temporária. Na comissão de serviço, diferentemente da mobilidade funcional, exige-se o acordo de vontades do empregador e do

¹⁷² V.g. Ac. do TRP de 10.12.86, CJ, Ano XI, Tomo V, p.270.

¹⁷³ CJ, Ano XXVII, Tomo II, p.164.

trabalhador e apenas é possível o exercício de alguns cargos em comissão de serviço: cargo de administração ou equivalente, de direcção ou chefia directamente dependente da administração ou de director-geral ou equivalente, funções de secretariado pessoal de titular de qualquer desses cargos ou ainda, desde que instrumento de regulamentação colectiva o preveja, funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação ao titular daqueles cargos (art. 161º do CT de 2009).

Pretendendo qualquer das partes pôr termo à comissão de serviço, deve avisar com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias, consoante aquela tenha durado, respectivamente, até dois anos ou período superior (nº 1 do art.163º do CT de 2009), exigência que não tem correspondência na mobilidade funcional. Nesta o trabalhador não pode pôr termo à situação em que se encontra, tem que se sujeitar à mesma, porquanto, como se referiu, trata-se do exercício por parte do empregador de um direito potestativo. A entidade patronal, não tem que fazer qualquer aviso prévio de que vai deixar de atribuir ao trabalhador as funções que este está temporariamente a desempenhar.

Na comissão de serviço tal como na mobilidade funcional, findas estas, o trabalhador retoma a actividade que desempenhava antes, ou a correspondente à categoria a que, entretanto, tenha sido promovido (no caso essencialmente de promoções automáticas- nº 5 do art. 162º e al. a) do nº 1 do art. 164º e nº 5 do art. 120º).

CAPÍTULO VI

16. Algumas questões no âmbito da polivalência e da mobilidade funcional à luz do Código do Trabalho de 2009

16.1. Da inaplicabilidade do despedimento por inadaptação ao trabalhador que se encontra a desempenhar funções diferentes das contratadas ao abrigo da mobilidade funcional

O despedimento por inadaptação foi reintroduzido pelo DL 400/91 e manteve-se no Código do Trabalho de 2003 (arts. 405º e ss.) e mantém-se no Código de Trabalho de 2009 (373º e ss).

Mediante esta figura o empregador pode fazer cessar o contrato de trabalho sempre que a incapacidade do trabalhador para o exercício das suas funções, torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

A questão que se coloca é se o trabalhador que vê as suas funções alteradas por força do recurso pela sua entidade patronal à mobilidade funcional, pode ser despedido por inadaptação no exercício das novas funções.

Nas três alíneas do nº 1 art. 374º, considera-se que há inadaptação quando, sendo determinada pelo modo de exercício de funções do trabalhador, se torne praticamente impossível a manutenção da relação de trabalho, nas seguintes situações:

- . redução continuada de produtividade ou de qualidade;
- . avarias repetidas nos meios afectos aos postos de trabalho;
- . riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros.

Ocorrerá, ainda, inadaptação, no caso de trabalhador afecto a cargo de complexidade técnica ou de direcção quando não se cumpram os objectivos previamente acordados, por escrito, em consequência do seu modo de exercício de funções e seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho (nº 2 do art. 374º).

O art. 375º estabelece quais os requisitos cumulativos para que possa ter lugar o despedimento por inadaptação e um dos requisitos – o constante do nº 1 da alínea d) – é a

não existência na empresa de outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador.

Ora, estando o trabalhador exercer funções diferentes ao abrigo da mobilidade funcional e sendo estas, por natureza, transitórias, o regresso ao posto de trabalho que o trabalhador anteriormente ocupava será sempre possível, posto esse que é compatível com a sua qualificação profissional, pelo que faltaria sempre, pelo menos um dos requisitos, os quais são cumulativos, inviabilizando, desde logo, recurso à figura do despedimento por inadaptação.

No caso do nº2 do art. 374º, o facto de a afectação do trabalhador ser transitória, como exige a mobilidade funcional, sendo assim sempre possível o seu regresso às funções contratadas, também não permite que se possa concluir, como exige o mesmo preceito legal, que a relação de trabalho se tornou praticamente impossível. Por outro lado, também vemos com muita dificuldade que possam surgir casos em que o trabalhador foi afectado a outras funções por decisão unilateral do empregador e depois acorde por escrito com determinados objectivos que é também um dos requisitos exigidos pelo nº 2 do art. 374º. Poder-se-ia até questionar se a existência de um acordo escrito de objectivos, não transformaria, o que seria, à partida, um acto unilateral do empregador, num acordo de vontades, deixando de ser uma variação temporária do objecto do contrato de trabalho e passando a uma modificação por acordo do mesmo objecto, situação fora do âmbito da mobilidade funcional.

16.2. Poderá a entidade patronal atribuir ao trabalhador funções não compreendidas no objecto do contrato nos casos de extinção do posto de trabalho?

Casos há em que, nomeadamente, por força de reestruturação da empresa ou de fusão com outra sociedade, a entidade patronal procede à extinção de um posto de trabalho de um trabalhador. Nestes casos, a entidade patronal poderá recorrer à medida mais gravosa que é o despedimento por extinção do posto de trabalho, mas, se não o fizer, não pode atribuir-lhe definitivamente funções fora do objecto do contrato de trabalho, sem o seu acordo.¹⁷⁴ A lei portuguesa não prevê a figura do denominado despedimento modificativo

¹⁷⁴ Neste sentido Ac. do TRP, de 03.03.2004, CJ, Ano XXIX, Tomo II, p.221.

constante da lei espanhola e da lei alemã. O empregador despede o trabalhador e simultaneamente com o despedimento oferece-lhe a possibilidade de manter a relação de trabalho, mas com as condições de trabalho modificadas, assim introduzindo modificações substanciais unilateralmente no contrato de trabalho.¹⁷⁵ No Código de Trabalho revisto estão apenas previstas formas de extinção do contrato de trabalho no art. 394º revisto que constituem denúncias modificativas, mas por iniciativa do trabalhador. O trabalhador pode resolver o contrato de trabalho quando ocorreu alteração substancial das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador – al. b) do nº 3 e quando o empregador violou culposamente as suas garantias legais ou convencionais, modificando a sua prestação de trabalho – al. b) do nº 2.

Na maior parte dos casos de extinção do posto de trabalho, não se levantarão quaisquer questões porque o trabalhador preferirá, em princípio, aceitar desempenhar outras funções, fora da actividade contratada, do que ser despedido.

16.3. Algumas questões que o recurso à polivalência e à mobilidade funcional podem suscitar nos contratos de trabalho a termo

Como é sabido nos contratos de trabalho celebrados a termo certo ou incerto tem que constar a indicação do respectivo motivo justificativo (al. e) do nº 1 do art. 141º. E a indicação do motivo justificativo tem que ser feita com menção expressa dos factos que o integram, devendo estabelecer-se a relação entre a justificação invocada e o termo estipulado (nº 3 do art. 141º).

Oº 1 do art. 140º estabelece que o contrato de trabalho a termo resolutivo só pode ser celebrado para satisfação de necessidade temporária da empresa e pelo período estritamente necessário à satisfação dessa necessidade e no nº 2 discriminam-se diversos exemplos do que constitui necessidade temporária da empresa. Além de ser permitido

¹⁷⁵ Sobre o despedimento modificativo, ver RIVERO LAMAS, Juan – “O despedimento modificativo e as suas variantes – A experiência espanhola e o projecto de Código do Trabalho Português” Código do Trabalho – Alguns aspectos cruciais”. Tradução de Teresa Rapoula. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa/Faculdade de Direito, 2003, p.9-28.

celebrar contratos a termo no casos do nº1, também se permitiu a possibilidade de celebrar contratos a termo, mas neste caso só a termo certo, para lançamento de nova actividade de duração incerta, bem como início de laboração de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 750 trabalhadores e no caso de contratação de trabalhador à procura do primeiro emprego ou em situação de desemprego de longa duração (als. a) e b) do nº 4 do art. 140º).

Dado que o contrato de trabalho a termo é por si próprio transitório não é o campo de excelência de aplicação da mobilidade funcional. Recorre-se a esta faculdade, em regra, relativamente a trabalhadores com contratos de duração indeterminada.

Mas os contratos de trabalho a termo suscitam alguns problemas relativamente à possibilidade de recurso à polivalência e à mobilidade funcional, nomeadamente, no caso de contratos celebrados para substituição de trabalhador ausente.

Joana Vicente num artigo recente¹⁷⁶ debruçou-se sobre esta problemática interessante, tendo suscitado e apreciado questões pertinentes, estudo que acompanhamos de perto neste ponto do nosso trabalho.

Vejamos:

Se um trabalhador é contratado para substituir o trabalhador X com a categoria Y que se encontra ausente por doença, se esse trabalhador usualmente desempenha funções na secção Z, poderá o empregador, ao abrigo da mobilidade funcional ordenar ao trabalhador substituto, contratado a prazo, que vá desempenhar funções não compreendidas no objecto do contrato de trabalho noutra secção da mesma empresa que não a Z pelo período de alguns meses?

Esta situação que poderá nada ter de censurável, se observados todos os requisitos da mobilidade funcional, no caso de um trabalhador contratado por tempo indeterminado, já poderá levantar problemas no caso de um trabalhador contratado a termo. É que se o trabalhador foi contratado para substituir um determinado trabalhador ausente que tem uma certa categoria e que presta trabalho numa concreta secção e depois vai prestar trabalho fora da actividade contratada noutra secção, não estaremos perante um caso de falsidade do

¹⁷⁶ VICENTE, Joana Nunes – “A falsidade do motivo justificativo no contrato a termo de interinidade (nótula a partir de alguma jurisprudência nacional)”, estudo que se encontra para publicação no próximo Prontuário do Direito de Trabalho, Nº 82, 2009, aproveitando-se para agradecer à Mestre Joana Vicente a amável disponibilização do texto, antes da sua publicação.

motivo justificativo que tem sido tratado do mesmo modo que os casos em que falta o motivo justificativo no contrato, cuja consequência é a considerar-se o contrato como celebrado sem termo (al. c) do nº 1 do art. 147º?

Se bem que o legislador não restrinja o recurso à mobilidade funcional e à polivalência funcional aos contratos de trabalho sem termo, conforme refere Joana Vicente colocam-se os problemas descritos (e outros referidos no estudo) nos contratos de trabalho a termo, por poderem originar a discrepância entre o motivo justificativo constante do contrato e as funções concretamente exercidas.

Então, dir-se-á, a solução é fazer constar no contrato várias funções e assim não haverá discrepância. Mas o legislador quando exigiu que neste tipo de contratos constassem concretamente os factos em que se traduz o motivo justificativo foi para permitir o controlo do recurso lícito à contratação a termo, controlo este, em última instância, a fazer pelos tribunais. Se o motivo é demasiado amplo, não permite esse controlo e não cumprirá o disposto no nº 3 do art. 141º, e poderá até reconduzir-se à previsão da alínea a) do nº 1 do art. 147º do CT revisto – contrato em que a estipulação do termo tem por fim iludir as disposições que regulam o contrato sem termo.

Então o empregador não poderá fazer uso dos poderes que a lei lhe confere previstos nos artºs 118º e 120º, sob pena de ver considerado como contrato sem termo o contrato com termo que celebrou? Não podemos esquecer que muitas vezes a contratação a termo é utilizada para colmatar situações de verdadeira necessidade permanente de um trabalhador, razão pela qual há que ser exigente no cumprimento dos pressupostos desta modalidade de contratação que é uma excepção e não a regra. Há também que ter presente que a segurança no emprego mereceu consagração constitucional (artº 53º) e que a precariedade do vínculo é um factor de grande instabilidade para o trabalhador e a sua família, pelo que só se justifica nas precisas situações contempladas na lei.

No acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, de 26.09.2007,¹⁷⁷ defendeu-se, a propósito do motivo da contratação a termo ser a substituição de trabalhador ausente que é necessário que haja entre as funções que o trabalhador ausente exercia e as que exerce o trabalhador que o veio substituir uma proximidade bastante que permita sustentar a validade da substituição. A A. – a trabalhadora substituta – veio pedir que se reconhecesse

¹⁷⁷ Relator Sousa Grandão, proferido no proc. nº 07S1933.

que entre as partes existia um contrato de trabalho sem termo e que, por via disso, se considerasse ilícito o seu despedimento e se condenasse a R. – a sua entidade patronal – a reintegrá-la no seu posto de trabalho, com as legais consequências.

No caso, além de muitos outros factos, deram-se como provados os seguintes:

- . a A. tinha a categoria de operadora e exercia funções na linha de fabrico de módulos;
- . a trabalhadora ausente por doença tinha exercido funções na área A na linha de montagem de rádios e antes de entrar na situação de baixa, trabalhava na área B, sector onde se procede ao fabrico de rádio;
- . os operadores da R. são contratados para desempenhar um conjunto de funções amplo e polivalente, prestando as suas funções de forma rotativa, em equipa e em diversas posições na linha de produção; e,
- . se a trabalhadora substituída tivesse voltado, poderia ser colocada a desempenhar uma posição de operadora de produção na área de fabrico de módulos (que era a área onde a trabalhadora substituta exercia funções) ou numa posição onde fosse necessária.

Não obstante estes factos, com especial ênfase nos referidos em último e penúltimo lugar, o STJ entendeu que as “...funções da trabalhadora substituída atendíveis não podem ser aquelas que esta iria hipoteticamente desempenhar à data em que veio a ser contratada a substituta, na medida em que um juízo hipotético não é passível de prova, o que sempre impediria o seu controlo pelo tribunal, em ostensiva derrogação dos comandos legais que disciplinam a contratação a termo”.

Mais entendeu que a polivalência funcional e as necessidades pontuais da entidade empregadora também não podem justificar a afectação da substituta a funções diferentes, porque “...o julgador não deve permitir válvulas de escape que subvertam por complexo (tratar-se-á, decerto, de um lapso de escrito na transcrição do acórdão e ter-se-á querido dizer completo)¹⁷⁸ o desiderato legal”, tendo a acção sido julgada procedente.

Os Tribunais têm sido muito exigentes quanto à necessidade da indicação concreta dos factos que justificam a decisão de contratar a termo e quanto à necessidade de correspondência entre a fundamentação que consta do contrato e a realidade, cientes do recurso fraudulento a esta forma de contratar para encobrir verdadeiros casos de necessidade permanente de trabalhadores.

¹⁷⁸ Parêntesis da autora.

No acórdão do STJ, de 17.05.2007,¹⁷⁹ por sua vez, considerou-se que se mostram satisfeitas as imposições legais, num caso de substituição de trabalhadores, quando no contrato consta que o trabalhador vai substituir diariamente os trabalhadores carteiros x, y... e que eles se encontram férias nos períodos de n a z, desde que se prove que esses trabalhadores estavam efectivamente de férias e que o substituto vá efectivamente exercer funções de carteiro. A circunstância de no exercício das funções de carteiro o trabalhador substituto não efectuar os mesmos “giros” que os substituídos não tem relevo.

A questão que se coloca, em nosso entender, é se o trabalhador substituto tem que ir ocupar o mesmo posto de trabalho e, quanto a nós, a resposta é afirmativa. Isto como regra. Mas não é por ter contratado a termo que o empregador fica inibido de recorrer às faculdades previstas no art. 118º e 120º do CT. Tudo dependerá da duração da situação transitória por confronto com a duração do contrato a termo.

Se um trabalhador é contratado para substituir um trabalhador ausente que desempenha as funções cozinheiro e o empregador, alegando exigências empresariais, o coloca como chefe de mesa no restaurante pelo período de 8 dias, num contrato a termo que tem a duração de 6 meses, não nos parece que, apurando-se que os requisitos exigidos pelo nº1 do art. 120º se verificavam, se possa concluir pela não correspondência entre os motivos constantes do contrato e a realidade. Se, pelo contrário, na mesma situação – trabalhador contratado para desempenhar as funções de um cozinheiro que está ausente pelo período de 6 meses - passa 5 meses da duração do contrato a desempenhar funções de chefe de mesa, não há aqui a necessária correspondência entre os motivos invocados e a realidade, cuja sanção é o considerar-se o contrato sem termo, nos termos da al. a) do nº 1 do art. 147º.

O mesmo se diga para uma situação de polivalência funcional. Se o trabalhador foi contratado para exercer as funções de empregado de bar durante seis meses para substituir um trabalhador que exerce essas funções e está ausente e, durante esse período, vai alguns dias, exercer funções como empregado de mesa no restaurante, não nos parece que a conduta da entidade patronal possa ser censurada. Se ao invés, durante a maior parte do período de duração do contrato, o trabalhador está a desempenhar as funções de empregado de mesa, não se verifica a necessária correspondência.

¹⁷⁹ Relator Sousa Peixoto, proferido no processo 07S537.

Os poderes do empregador sofrem efectivamente algumas limitações derivadas da transitoriedade dos contratos a termo e da sua excepcionalidade face aos contratos de duração indeterminada e pela necessidade de controlo dos reais motivos que determinaram a contratação a termo.

Também poderá alterar as soluções preconizadas a circunstância de o trabalhador substituído costumar com regularidade ser afecto a funções afins ou funcionalmente ligadas. Nestas circunstâncias, a duração do período em que o substituto está a desempenhar funções não terá tanta relevância.

Já no caso da mobilidade funcional, porque se trata de uma situação mais excepcional, para acudir a situações fora do normal na empresa, as probabilidades do trabalhador substituído já ter sido afecto às funções que agora o empregador pretende que o substituto desempenhe fora do objecto do contrato, são diminutas. Mas nada impede que, tendo-se verificado, se pondere esse facto com a duração do contrato e a duração das funções fora da actividade contratada, nos termos preconizados para a polivalência funcional.

Note-se que no caso do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.09.2007, a trabalhadora substituta nunca ocupou ao longo do contrato o posto de trabalho da trabalhadora substituída, o que é uma situação extrema.

A ponderação da duração da variação do objecto contratual ou da afectação a actividades afins ou com ligação funcional *versus* a duração do contrato a termo, deverá sempre, em nosso entender, ser efectuada, para aferir da licitude/ilicitude da conduta do empregador, seja no caso em que o motivo da contratação a termo é a substituição de um trabalhador como noutras situações de contratação a termo.

16.4. Meios de reacção do trabalhador a uma ordem de atribuição de funções em que não tenham sido observados os requisitos da polivalência funcional ou da mobilidade funcional

A uma ordem em que não tenham sido observados os requisitos enunciados, o trabalhador não deve obediência. Nos termos da alínea e) do nº1 do art. 128º, o trabalhador deve cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes à execução ou disciplina do

trabalho, mas, apenas, como bem se compreende, desde que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias.

Se a entidade empregadora dá ordem ao trabalhador para desempenhar outras funções com violação do disposto nos arts. 118º e 120º, colocando-o a exercer funções de uma categoria inferior, o trabalhador não deve obediência a essas ordens.

E poderá resolver o contrato de trabalho?

O art. 394º consagra as situações em que o trabalhador pode pôr fim ao contrato de trabalho imediatamente, estando previstas no nº 2 as chamadas causas subjectivas (culposas) e no nº 3 as objectivas (não culposas). O trabalhador poderá resolver o contrato de trabalho com base em justa causa subjectiva se o comportamento do empregador for ilícito, culposo e tornar imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho. O art. 394º não contém uma definição de justa causa, mas corresponde à ideia de impossibilidade para o trabalhador de manutenção do vínculo laboral nos termos similares aos constantes no nº 1 do art. 351º, artigo para o qual remete no seu nº 4. Não é qualquer ordem do empregador a que o trabalhador não deve obediência que confere direito à resolução. Para tornar imediata e praticamente impossível a continuação do contrato tem que ser uma violação grave dos direitos ou garantias do trabalhador. Tudo dependerá da gravidade e/ou reiteração da ordem concreta.

De entre o elenco de situações previstas nas alíneas a) a f) do nº 2, constitui justa causa de resolução a violação culposa de garantias legais ou convencionais do trabalhador.

Ora, se, aquando da alteração de funções do trabalhador não se verificam os pressupostos do art.118º ou do art.120º e o trabalhador for colocado a desempenhar funções próprias de uma categoria inferior (artigo 119º), então a conduta da entidade empregadora constitui uma violação da garantia legal prevista na alínea e) do nº 1 do artigo 129º que proíbe a mudança do trabalhador para categoria inferior, ressalvados os casos previstos no Código e poderá constituir fundamento para a resolução do contrato de trabalho.

E se o trabalhador for colocado a exercer funções constantes de categoria superior?

Não deixa de haver violação ao disposto no nº 1 do art. 118º, que determina que o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado. A mudança para categoria superior como modificação do objecto do contrato de trabalho, carece do acordo expresso ou tácito do trabalhador (nº 1 do art. 406º

do CC). E embora a proibição da mudança para categoria superior não conste no elenco de garantias do trabalhador constante do nº 1 do art. 129º, a solução tem que ser a mesma. Desde que haja alteração de funções não consentida, está a ser violada a disposição do nº1 do artº 118º, conferindo o direito à resolução do contrato de trabalho imediatamente (nºs 1 e 2 do art. 394º), desde que pela sua gravidade e reiteração comprometa definitivamente a manutenção do vínculo e atribuindo ao trabalhador direito a uma indemnização a determinar entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, atendendo ao valor da retribuição e ao grau de ilicitude do comportamento do empregador, não podendo ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades (nº1 do art. 396º).

Constitui exemplo de situação em que o Supremo Tribunal de Justiça considerou que assistia ao trabalhador o direito à resolução do contrato de trabalho, o caso em que a entidade patronal retirou ao trabalhador as funções de chefe de vendas, tendo-o colocado a exercer funções inferiores (de assessor para assuntos relativos às vendas)¹⁸⁰ e o caso em que o trabalhador tinha a categoria de chefe de equipa e tinha a incumbência de dirigir uma equipa de trabalhadores nas actividades de terraplanagem e saneamento e a entidade empregadora extinguiu a equipa chefiada pelo trabalhador devido à diminuição do volume de trabalho e acabou por o colocar a exercer funções de servente, de pedreiro e de manobrador, passando a estar sujeito às ordens do até então seu colega e chefe de outra equipa.¹⁸¹ Em ambos os casos, considerou-se que as alterações de funções não estavam justificadas pelo *ius variandi*.

Ao trabalhador poderão, além dos direitos que acabamos de referir, assistir outros direitos: direito a ser indemnizado pelos danos patrimoniais e não patrimoniais¹⁸² causados pela conduta ilícita e culposa do empregador e direito à reclassificação.

¹⁸⁰ Ac. do STJ, de 25.03.2009 (relator Pinto Hespanhol), proferido no processo 08S3446. Na vigência da legislação anterior ao CT, por violação do disposto na al. b) do nº1 do art. 35º do DL 64-A/89 – violação culposa das garantias legais ou convencionais do trabalhador, consultar Ac. do TRP de 24.05.1993, CJ, Ano XVIII, Tomo III, p.269.

¹⁸¹ Ac. do STJ, de 06.02.2008 (relator Pinto Hespanhol), proferido no processo 07S3899.

¹⁸² A maioria da doutrina e da jurisprudência considera que há lugar a reparação dos danos não patrimoniais nos termos do art. 496º do CC, em caso de incumprimento contratual e não somente nos casos de responsabilidade extra-contratual. Assim, entre outros, TELES, Inocêncio Galvão – *Direito das Obrigações*. 7ª ed., p.385-387 e MATOS, Maria João – *Indemnização por danos morais na responsabilidade contratual laboral*. Prontuário da Legislação do Trabalho. Actualização, Nº 41, edição do Centro de Estudos Judiciários e Acs. do STJ de 7.11.2001 e 18.12.2001, proferidos respectivamente, nos processos 1193/01 e 2771/01, apud nota 32 do Ac. do STJ, de 16.06.2004 (relator Vítor Mesquita), proferido no processo 03S837.

E se não for garantida ao trabalhador o disposto no nº 4 do art. 120º do CT?

No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa já citado a propósito da distinção entre *ius variandi* e alteração do horário de trabalho, de 20 de Março de 1991, defendeu-se que o não cumprimento do nº 3 do artº 22º do DL 49408 (na redacção anterior à L 21/96 e que é a correspondente ao actual nº 4 do art. 120º) não dá ao trabalhador direito a recusar a ordem, mas tão só o de reclamar, se necessário em juízo, qualquer suplemento de retribuição pelo exercício temporário de funções mais qualificadas, às quais correspondia uma retribuição mais elevada que a que o trabalhador habitualmente auferia.

Será assim?

Concordamos com o entendimento perfilhado. Nestes casos, tal como noutros em que o trabalhador tem direito a diferenças salariais e não há pagamento voluntário, terá que recorrer ao tribunal para fazer valer os seus direitos.

16.5.O direito à reclassificação nos casos em que o acesso ao lugar é feito mediante concurso

Alguns instrumentos de regulamentação colectiva prevêm o concurso como forma de acesso a determinadas categorias. A abertura de um concurso tem como fim a escolha do melhor candidato de entre aqueles que se habilitaram e desde que o mesmo tenha sido feito com seriedade, legitima o candidato escolhido. O concurso no domínio do direito laboral é orientado pelos seguintes princípios¹⁸³:

- . pela igualdade – os candidatos interessados devem ser tratados sem quaisquer discriminações;
- . pela estabilidade – uma vez aberto um concurso, os seus termos devem ser seguidos até ao fim; e,
- . pela seriedade – devem ser respeitadas as normas enunciadas na abertura do concurso e respeitada a dignidade dos participantes.

A questão que se coloca é se um trabalhador pode ser reclassificado, se era exigível a realização de um concurso para o preenchimento dessa vaga. Nestes casos a situação é

¹⁸³ De acordo com os ensinamentos de CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p.564 -565.

delicada, por coexistirem vários interesses merecedores de tutela. Por um lado temos a situação do trabalhador que está a exercer definitivamente funções de uma categoria superior e a quem a entidade patronal não reclassifica e, do outro, temos os trabalhadores que estão em condições de se candidatarem ao concurso e que têm legítimas expectativas a serem promovidos.

Na decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.05.1995,¹⁸⁴ defendeu-se que a exigência de concurso era um uso da empresa juridicamente irrelevante, desde que as funções exigidas ao trabalhador não respeessem o disposto nos n.ºs 2 a 8 do art.º 22.º do DL 49 408 (na redacção da Lei 21/96). Em sentido contrário, a decisão do mesmo tribunal, de 16.6.1993,¹⁸⁵ onde se defendeu que a promoção de um trabalhador a categoria superior sem observância das regras instituídas de concurso, posterga a ideia que está na base da exigência de concurso que é permitir o acesso dos mais aptos, podendo até os prejudicados pela não observância das regras do concurso, queixarem-se de abuso de direito.

Temos para nós que a questão é delicada, mas tendemos a considerar que mesmo nos casos em que está prevista a obrigatoriedade de concurso para o preenchimento de uma determinada vaga, esta norma não pode servir como expediente para a entidade patronal não prover o trabalhador definitivamente nessa vaga e conferir-lhe a categoria inerente. Bastar-lhe-ia não abrir concurso e manter o trabalhador no exercício dessas funções. Assim, o trabalhador deverá ser reclassificado.¹⁸⁶

16.6. Regime das cláusulas contratuais gerais

Como refere António Menezes Cordeiro¹⁸⁷ “as cláusulas contratuais gerais correspondem a proposições pré-elaboradas, postas à disposição de uma generalidade de pessoas, e que os interessados na celebração de contratos se limitam a subscrever, sem alterações.”

¹⁸⁴ Do qual foi relator Dinis Simão, proferido no processo 004223. No mesmo sentido, Ac. do TRL, de 16.01.91, Ano XVI, Tomo I, p.198. Neste acórdão entendeu-se que o exercício durante seis anos de funções diferentes, retira-lhe o carácter de transitoriedade e como tal o trabalhador tem direito à reclassificação, ainda que o acesso à categoria esteja dependente de concurso com aproveitamento comprovado por exames, de outro modo cair-se-ia na arbitrariedade e violação do princípio de que a qualificação do trabalhador depende da natureza das funções por ele realizadas. No mesmo sentido Ac. do STJ, de 23.05.01, CJ/STJ, Ano IX, Tomo II, p.281.

¹⁸⁵ CJ/STJ, Ano I, Tomo II, p.297.

¹⁸⁶ Igualmente no sentido da reclassificação, o Ac. do TRL, de 06.02.2002, CJ, Ano XXVII, Tomo I, p.158.

¹⁸⁷ *Manual de Direito do Trabalho*, op.cit., p.570.

Às cláusulas contratuais gerais constantes de contratos de trabalho e de regulamentos emitidos pelas entidades patronais aplica-se o disposto no DL 446/85 de 25 de Outubro, alterado pelo DL 220/95, de 31 de Janeiro e pelo DL 249/99, de 7 de Julho que aprovou o regime das cláusulas contratuais gerais.¹⁸⁸ Ficavam de fora inicialmente as cláusulas constantes de instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho (nos termos da al e) do nº 1 do art.3º do DL 446/85, na redacção concedida pelo DL 220/95, de 31.01).

Posteriormente o art. 96º do CT de 2003 (actual art. 105º do CT revisto) veio determinar a aplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais aos aspectos essenciais do contrato de trabalho em que não tenha havido prévia negociação individual, mesmo na parte em que o seu conteúdo se determine por remissão para cláusulas de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Veio, assim, o Código de Trabalho de 2003 eliminar quaisquer dúvidas que ainda pudessem existir sobre a aplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho e derrogar parcialmente o disposto na al. e) do artº 3º do DL 446/85 que prescreve a não aplicação do respectivo regime aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.¹⁸⁹

A dificuldade que o art. 96º do CT de 2003 introduziu e o actual 105º mantém é a distinção entre os aspectos essenciais e não essenciais do contrato. Parece-nos que uma cláusula relativa às funções que um trabalhador pode ser chamado a desempenhar é uma cláusula essencial para os efeitos de aplicação do disposto no artº105º, uma vez que o trabalho, como já referimos, além de garante de subsistência é também motivo de realização pessoal, pelo que não é indiferente para o trabalhador desempenhar umas ou outras funções. A delimitação da prestação de trabalho, a retribuição, o tempo e o espaço de trabalho, revestem igualmente a característica de aspectos essenciais do contrato de trabalho.¹⁹⁰

A circunstância de no contrato de trabalho terem sido acordadas e negociadas individualmente alguns aspectos, nomeadamente, a retribuição, não impede a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais às cláusulas essenciais que não foram negociadas,

¹⁸⁸ Conforme defende CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito do Trabalho*, op.cit., p. 573.

¹⁸⁹ Conforme defende MARTINEZ, Pedro Romano (et. al.) - *Código do Trabalho anotado*, op.cit., p.190.

¹⁹⁰ PINTO, Alexandre Mota – “Notas sobre o contrato de trabalho de adesão (de acordo com o direito vigente e o Código do Trabalho)”. *QL*. Ano X, nº 21, 2003, p.69.

devendo também ter-se presente esse regime na interpretação da relação dessas cláusulas com as acordadas individualmente.¹⁹¹

Como noutros domínios da vida das empresas, também relativamente à gestão dos seus recursos humanos, as empresas passaram a optimizá-los através de contratos em massa. Ao celebrarem contratos uniformizados com os seus trabalhadores, as empresas pretendem também oferecer condições similares a todos, de modo a evitar preterições do princípio da igualdade.

Muitas empresas de alguma envergadura e que recrutam muitos trabalhadores têm vindo a adoptar clausulados iguais para um determinado leque de trabalhadores, geralmente trabalhadores pouco qualificados, limitando-se os mesmos a aceitarem ou a rejeitarem em bloco esses clausulados, não tendo qualquer poder de negociação, tratando-se de verdadeiros contratos de adesão. Além dos trabalhadores pouco qualificados outros trabalhadores há que poderão estar sujeitos a estes contratos, sem qualquer poder negocial, em virtude da situação fragilizada em que se encontram – jovens à procura do primeiro emprego e desempregados de longa duração – os quais são também, por vezes, simultaneamente trabalhadores pouco qualificados. A desigualdade das posições já se manifesta na fase pré-contratual. Na prática há apenas uma mera igualdade formal à qual não corresponde uma igualdade material.

A adesão pode dar-se dos seguintes modos:

- . adesão do trabalhador a contratos formados por cláusulas pré-elaboradas pelo empregador, tratando-se, muitas vezes, de formulários, onde constam as condições de trabalho, devendo o trabalhador inserir os seus dados pessoais;
- . a adesão do trabalhador a uma proposta individual de contrato de trabalho pré-elaborada pela entidade patronal;
- . a adesão do trabalhador a regulamento interno da empresa.¹⁹²

¹⁹¹ MARTINEZ, Pedro Romano (et. al.) - *Código do Trabalho anotado*. op. cit., p.190.

¹⁹² Distinção efectuada por PINTO, Alexandre Mota, op. cit., p.44.

No caso de adesão a regulamento interno, presume-se a adesão do trabalhador quando este não se opuser por escrito no prazo de 21 dias, a contar do início da execução do contrato ou da divulgação do regulamento, se esta for posterior (nº2 do art. 104º).

O regulamento interno da empresa tem dois objectivos: organizar a forma como o trabalho é prestado na empresa e exteriorizar as condições de trabalho que a empresa oferece aos seus trabalhadores.

A inclusão nesses contratos de trabalho de cláusulas gerais de mobilidade funcional é passível de suscitar problemas.

Importa assim ter presente na apreciação do clausulado destes contratos, além do disposto no nº1 do art. 280º do CC, o estatuído no DL 446/85 (na redacção do DL 220/95), nomeadamente o disposto no artigo 15º - são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé – e o disposto na al. n) do nº 1 do art. 22º - que proíbe as cláusulas contratuais gerais que fixem modos de cumprimento despropositados ou inconvenientes – como seria caso de uma cláusula de mobilidade funcional em que o exercício da faculdade de variação da prestação estivesse excessivamente ampliada, mas sem a modificação total do instituto, caso em que seria nula por contrária à lei.

Uma cláusula demasiado ampla pode ter sido pensada para ser accionada em situações em que a empresa pretende desembaraçar-se de um trabalhador, gerando situações de incumprimento.

Há que ter presente na apreciação da cláusula em causa quais as funções que o trabalhador costuma desempenhar, as suas habilitações profissionais e a sua posição na hierarquia da empresa.

Se não tiver havido comunicação do teor das cláusulas, ou violação do dever de informação e ainda nos casos em que as cláusulas pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica passem despercebidas e nos casos em que as cláusulas foram inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes, as cláusulas consideram-se excluídas dos contratos singulares, nos termos das diversas alíneas do art. 8º do DL 446/85.

As cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, observando-se o contexto de cada contrato em que se incluíam (art. 10º do DL 446/85).

Se as cláusulas forem ambíguas, na dúvida prevalece o sentido mais favorável ao trabalhador, como estatui o nº2 do artº 11º do DL 446/85.

16.7. Ónus da prova

O ónus da prova dos elementos que integram a faculdade de variação recai sobre as entidades patronais.¹⁹³

No caso dos contratos de adesão, se um trabalhador invocar a aplicação do DL 446/85, incumbirá à entidade empregadora provar que o contrato de trabalho ou as cláusulas em causa, foram previamente discutidas, a fim de afastar o regime de protecção do trabalhador-aderente (nº 3 do art. 1º do DL 446/85, na redacção do DL 249/99).

O nº 1 do art. 5º impõe a comunicação na íntegra das cláusulas contratuais gerais, a qual deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, o destinatário possa tomar efectivo conhecimento (nº 2 do art.5º do DL 446/85). O nº 3 do art. 5º do DL 446/85 faz igualmente recair sobre o empregador o ónus da prova de que deu a conhecer ao trabalhador as cláusulas contratuais gerais.

Relativamente aos contratos a termo, o ónus da prova dos factos e circunstâncias fundamentadoras da contratação a termo recai sobre a entidade empregadora, pelo menos, a partir de data da entrada em vigor da L 18/2001, de 3 de Julho.¹⁹⁴ No Código do Trabalho de 2003 o nº1 do art. 130º estabelecia que a prova dos factos que justificam a celebração de contrato a termo cabia ao empregador. A mesma regra está actualmente no nº 5 do art. 140º do CT revisto.

¹⁹³ Ac. TRL, de 31.01.2001, CJ ano XXVI, 2001, Tomo I, p.162. Ver também o Ac. do TRL, de 30.01.2002, CJ, Ano XXVII, Tomo II, p.158, onde se entende que a prova dos requisitos do ius variandi cabe a quem o invoca.

¹⁹⁴ No Ac. do STJ, de 14.05.2009 (Bravo Serra), proferido no proc. nº 08S3916, defende-se que antes da Lei 18/2001 não havia nenhum normativo que viesse estabelecer uma regra específica da repartição do ónus da prova dos factos justificadores do recurso à contratação a prazo, aplicando-se aos contratos a termo celebrados antes da sua entrada em vigor, as regras normais existentes na ordem jurídica sobre o ónus da prova, pelo que recaía sobre o trabalhador que intentava a acção o ónus da prova dos factos constitutivos do seu direito, nomeadamente, que o motivo da contratação não era verdadeiro.

CAPÍTULO VII

17. SÍNTESE E CONCLUSÕES

.1. O DL 49408 na sua versão inicial era muito protector do profissionalismo do trabalhador, só permitindo ao empregador exigir deste o exercício das funções compreendidas na sua categoria-normativa, as funções acordadas na medida em que ultrapassassem as descritas na sua categoria-normativa e as que resultassem dos ditames impostos pelo princípio da boa fé.

.2. Contudo, o empregador podia exigir do trabalhador o exercício de funções não compreendidas no objecto do contrato de trabalho – faculdade designada por *ius variandi* - desde que estivessem reunidos os seguintes pressupostos: a ausência de estipulação em contrário, o interesse da empresa o exigisse, as novas funções fossem temporárias, não houvesse diminuição da retribuição nem modificação substancial da posição do trabalhador.

.3. A exigência da reunião cumulativa destes pressupostos conferia um carácter excepcional à possibilidade de modificação unilateral do contrato de trabalho, o que bem se compreende, dado que constituía um desvio à norma do nº1 do art. 406º do CC.

.4. O carácter temporário da variação na vigência do DL 49 408 e, também, no Código de Trabalho de 2003 foi sendo entendido com bastante amplitude, porquanto o legislador não estabeleceu qualquer limite, exigindo apenas que o motivo que conduzisse à ordem de modificação fosse transitório.

.5. O exercício temporário de funções superiores não concedia direito à reclassificação, embora o legislador não o proibisse expressamente.

.6. Na vigência do DL 49408 a expressão “salvo disposição em contrário” constante, inicialmente, do nº 2 do art. 22º e, posteriormente, do nº 7 do mesmo artigo, após as alterações introduzidas pelo art. 6º da L 21/96, apenas permitia que as partes excluíssem a possibilidade de variação e não que a alargassem.

.7. A L 21/96 introduziu no novo nº 2 do art. 22º do DL 49408 a noção de função normal que correspondia ao objecto do contrato de trabalho.

.8. Este diploma veio alargar os poderes atribuídos ao empregador, passando a poder exigir do trabalhador o desempenho de outras actividades para as quais este tivesse qualificação e capacidade e que tivessem afinidade ou ligação funcional com as que correspondiam à sua função normal, ainda que não compreendidas na definição da categoria normativa.

.9. As novas funções tinham que ter ligação funcional ou afinidade com as funções a que o trabalhador se obrigou e que constituíam o objecto do seu contrato de trabalho e o trabalhador só as podia exercer a título acessório, pelo que o tempo que despendia com o seu exercício tinha que ser menor que o que ele despendia no exercício da sua actividade principal.

.10. As actividades eram afins quando tivessem um denominador comum com a função normal e tinham ligação funcional, quando fizessem parte do mesmo processo produtivo, existindo entre elas uma relação de complementariedade ou acessoriedade, tendo que a anteceder ou suceder no mesmo processo e não constituir somente uma das etapas deste.

.11. Além das funções terem que ser complementares ou afins, não podiam implicar desvalorização profissional do trabalhador nem diminuição da sua retribuição.

.12. Para auxiliar na interpretação da expressão desvalorização profissional recorria-se ao diploma sobre formação profissional - DL 401/91. Implicavam desvalorização profissional as actividades que se mostrassem contrárias à promoção profissional, à melhoria da qualidade de emprego e ao desenvolvimento cultural, económico e social do trabalhador (nº 3 do art. 3º do DL 401/91).

.13. Se às actividades afins ou funcionalmente ligadas correspondesse retribuição mais elevada, o trabalhador tinha direito à reclassificação decorridos seis meses (nº 5 do art. 22º do DL 49408), ainda que o tempo de trabalho ocupado no seu exercício fosse diminuto por contraposição ao exercício da função normal.

.14. O objecto do contrato de trabalho redefiniu-se e passou a abranger as funções afins ou funcionalmente ligadas, mas manteve uma certa protecção do trabalhador, ao exigir que essas funções só pudessem ser exercidas acessoriamente.

.15. De qualquer modo, parece-nos inequívoco que foi dado um grande passo em 1996 no sentido da almejada flexibilização.

.16. O *ius variandi* dizia (e diz) respeito somente à alteração transitória de funções e não se confundia, na vigência do DL 49408) com a alteração temporária do horário e do local de trabalho ou com a cessão temporária de trabalhadores.

.17. Não estava vedado às partes excluir por acordo o exercício da polivalência funcional, face ao princípio da autonomia da vontade.

.18. Os instrumentos de regulamentação colectiva podiam regular a polivalência funcional e o *ius variandi*, desde que em sentido mais favorável aos trabalhadores e às empresas.

.19. O *ius variandi* tem a natureza de um direito potestativo de que o empregador é titular, pelo que a posição do trabalhador face ao seu exercício é um estado de sujeição, tendo que suportar na sua esfera jurídica a modificação levada a efeito pelo empregador, sem possibilidade de oposição. Desde que verificados os pressupostos que permitam ao empregador modificar o objecto do contrato de trabalho, o trabalhador tem que cumprir o que lhe for determinado.

.20. Com o Código de Trabalho de 2003 abandonou-se a noção de categoria. O objecto do contrato de trabalho passou a ser, sem margem para dúvidas, a actividade contratada.

.21. Deixou de se fazer referência à função normal e deixou de se exigir que as funções afins ou funcionalmente ligadas fossem exercidas acessoriamente, podendo passar a ocupar a tempo integral o trabalhador, perdendo o carácter excepcional do nº2 art. 22º do DL 49408 (na redacção introduzida pela L 21/96), o que constitui alargamento dos poderes do empregador.

.22. Continuou a ser possível às partes restringirem por acordo o objecto do contrato de trabalho de modo a excluir as funções afins ou funcionalmente ligadas.

.23. O *ius variandi* passou a ser designado por mobilidade funcional.

.24. A lei passou a permitir claramente que as partes, por estipulação contratual, alargassem ou restringissem a faculdade conferida ao empregador pelo nº 1 do art. 314º do Código do Trabalho de 2003, permissão que se mantém no Código de 2009.

.25. A possibilidade de alargamento da faculdade conferida ao empregador, além de não permitir a alteração dos pressupostos do instituto de modo a que ele perca as suas características, terá, também, sempre por limite a necessidade de determinação da prestação a que o trabalhador se encontra obrigado, sob pena de nulidade, nos termos do nº 1 do art. 280º do CC, assim como os limites decorrentes do princípio da boa fé, tendo que existir

equilíbrio entre o interesse da empresa e a tutela da posição substancial do trabalhador e do respeito dos direitos fundamentais.

.26. Não estabelecendo a lei qual o momento em que as partes podem estipular a restrição ou o alargamento, esta poderá ter lugar a todo o tempo, tanto na ocasião da celebração do contrato como posteriormente.

.27. Com o Código do Trabalho de 2003, a lei continuou a não definir o que se entende por temporário no que concerne à duração da mobilidade funcional, nem estabeleceu qualquer limite máximo ao período de variação do objecto contratual.

.28. O Código de 2003 veio expressamente exigir que a ordem de variação seja justificada, pondo fim à controvérsia sobre a necessidade ou não da sua justificação na vigência do DL 49408.

.29. O Código de 2009 veio alterar a redacção dos preceitos em análise, embora muitas das alterações não tenham qualquer relevância, tratando-se apenas de um reescrever das disposições legais.

.30. As disposições sobre mobilidade funcional saíram do capítulo dedicado às vicissitudes contratuais no Código de 2003 e encontram-se agora junto ao art. que estatui sobre as funções desempenhadas pelo trabalhador (art.118º) no art.120º, na secção dedicada à actividade do trabalhador, o que não nos merece reparo, tornando-se mais fácil para o utilizador a consulta do Código.

.31. A maior inovação no preceito dedicado à mobilidade funcional é a introdução de um limite à vigência das cláusulas de mobilidade, estabelecendo-se que o acordo mediante o qual as partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida ao empregador de fazer variar a prestação de trabalho para lá da actividade contratada, caduca ao fim de dois anos, se não tiver sido aplicado (nº 2 do art. 120º).

.32. Com a fixação de um prazo de caducidade pretende-se obviar que o trabalhador que tenha acordado numa cláusula de mobilidade, alargando a faculdade de recurso do empregador, não seja surpreendido com o seu exercício, depois de vários anos em que o dador de trabalho não a aplicou, criando-lhe a forte convicção de que já não a aplicaria. A situação do trabalhador pode ter alterado com o decurso dos anos e por isso, se estabelece a caducidade do acordo ao fim de dois anos, se não tiver sido aplicado, de modo a reavaliar-se a situação e aferir-se da necessidade ou desnecessidade de acordar nova cláusula.

- .33. Se o empregador recorrer à cláusula antes do decurso do prazo de dois anos, o mesmo renova-se por igual período, podendo caducar ao não, dependendo de novo da cláusula ter sido ou não usada.
- .34. Nada impede que as partes convençionem a renovação do prazo de dois anos.
- .35. Quando a cláusula é de não recurso à mobilidade funcional, reconduz-se a um acordo sem limite temporário, uma vez que não poderá caducar pelo não uso.
- .36. Nos casos em que o empregador repetidamente accionar a cláusula de alargamento próximo do limite de dois anos, há que analisar se não está a ser violado o princípio da boa fé consagrado no nº 1 do art. 126º.
- .37. A contagem do prazo de dois anos apenas se inicia a partir da entrada em vigor do Código do Trabalho revisto.
- .38. A duração da alteração não deve ultrapassar dois anos. Pela primeira vez a lei estabeleceu um prazo limite ao exercício transitório da faculdade concedida ao empregador.
- .39. Este limite é excessivo, uma vez que se trata do exercício de funções não contratadas e aplica-se, em regra, quando o exercício das funções é contínuo.
- .40. O legislador não estabeleceu limites ao número de vezes que o empregador pode usar este poder modificativo.
- .41. A estipulação do prazo de dois anos não é meramente indicativa, face à expressão empregue pelo legislador. Ultrapassado este, entendemos que o trabalhador adquirirá o direito à categoria (superior ou de igual nível) que tem vindo a exercer.
- .42. O disposto nos nºs 1 a 5 do art. 120º do CT pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva, podendo ser restringida ou alargada a faculdade concedida ao empregador, desde que não resulte num instituto diferente.
- .43. A possibilidade de alargamento por acordo suscita-nos maiores receios que a concedida aos instrumentos de regulamentação colectiva porquanto, neste último caso, os trabalhadores estão mais protegidos, dado que as associações de trabalhadores têm mais poder negocial que os trabalhadores individualmente.
- .44. O trabalhador tem o direito às condições de trabalho mais favoráveis que sejam inerentes às funções exercidas (assim como tinha direito a auferir das vantagens inerentes à actividade temporariamente desempenhada nos termos do nº 3 do art. 314º do CT de 2003),

incluindo a retribuição prevista no instrumento de regulamentação colectiva aplicável para a categoria cujas funções foi exercer.

.45. No Código de 2003 (nº 2 do art. 313) e no Código de 2009 (nº 5 do art. 120º) foi expressamente consignado que o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções temporariamente exercidas.

.46. O trabalhador não deve obediência a uma ordem em que não estejam reunidos os pressupostos da polivalência e da mobilidade funcional e poderá rescindir o contrato de trabalho, desde que a ordem dada, pela sua gravidade e reiteração comprometa em definitivo a continuação da relação de trabalho.

.47. O despedimento por inadaptação não se aplica trabalhador que foi adstrito a funções fora do objecto do seu contrato de trabalho, ao abrigo da mobilidade funcional, mesmo que se verifiquem os pressupostos do nº 1 do art. 374º do CT revisto.

.48. Mesmo que determinado posto de trabalho tenha sido extinto, o empregador não pode sem o acordo do trabalhador atribuir-lhe definitivamente funções fora da actividade contratada.

.49. No caso de celebração de contratos a termo em que o motivo justificativo é a substituição de um trabalhador, o exercício da polivalência e da mobilidade funcional poderá originar a discrepância entre o motivo justificativo constante do contrato e as funções concretamente exercidas.

.50. Na análise destas situações deverá ser ponderado a duração do período em que temporariamente foram exercidas outras funções, por contraposição à duração do contrato. Deverá ainda ser atendida a circunstância do trabalhador substituído também ter exercido as funções exigidas ao substituto, ao abrigo da polivalência ou da mobilidade funcional.

.51. Os poderes do empregador consagrados no art. 118º e 120º do CT revisto sofrem, consequentemente, limitações decorrentes da transitoriedade do contrato a termo e do seu carácter excepcional.

.52. Quando o exercício de funções não é transitório, o trabalhador tem direito à reclassificação, mesmo que o regulamento interno da empresa ou o instrumento de regulamentação colectiva exija a realização de prévio concurso.

.53. Uma cláusula relativa às funções que o trabalhador pode ser chamado a desempenhar é uma cláusula essencial do contrato nos termos e para os efeitos do art. 105 do CT revisto.

.54. O ónus da prova dos elementos que integram a faculdade de variação recai sobre a entidade empregadora.

.55. Actualmente a violação de qualquer das disposições do art. 118º constitui contra-ordenação grave. No Código de 2003 apenas a violação do nº 4 do art. 151º que estabelecia o direito a formação profissional não inferior a 10 horas anuais, sempre que o exercício das funções acessórias exigisse especial qualificações, é que constituía contra-ordenação grave nos termos do art. 656º do CT de 2003.

.56. Trata-se de inovação a aplaudir. A fiscalização eficaz e a punição das condutas violadoras do disposto no art. 118º constitui um meio para dissuadir o empregador do incumprimento.

.57. É inequívoco que a L 21/96 introduziu grandes alterações ao objecto do contrato de trabalho, passando a englobar as funções afins e funcionalmente ligadas. O Código de Trabalho de 2003 deu mais um passo, no sentido do alargamento desse objecto, deixando de exigir a acessoriedade das funções afins e funcionalmente ligadas e ao permitir expressamente o alargamento da faculdade prevista no nº1 do artº 314º por estipulação contratual, sendo que na vigência do DL 49408 se entendia que o nº2 do artº 22º apenas permitia o afastamento da faculdade conferida ao empregador.

.58. Estes dois diplomas ampliaram os poderes do empregador e aproximaram o direito do trabalhado do direito civil, ao permitir expressamente o alargamento do preceituado na lei pelo acordo das partes num domínio em que seria aconselhável que a lei fixasse mínimos de protecção.

.59. Contudo, o Código do Trabalho de 2009 veio estabelecer alguns limites, com os quais nos congratulamos, porque protectores do trabalhador, a parte mais fraca na relação laboral. Foram eles o estabelecimento de um prazo de caducidade para as cláusulas acordadas nos termos do nº 2 do art. 120º e o estabelecimento de um prazo limite de dois anos para a modificação do objecto contratual, em conformidade com o disposto no nº 3 do art. 120º. Se bem que consideremos este prazo demasiado longo, a sua aposição é uma garantia de que não irá ser permitido o exercício de funções durante 3, 4 e 5 anos, sem que o trabalhador adquira o direito à reclassificação.

.60. Assim, quanto ao Código do Trabalho de 2009 já não se poderá concluir, por comparação com o de 2003, que, no caso concreto da polivalência e da mobilidade

funcional, o Código ampliou os poderes do empregador, mas sim que reforçou as garantias do trabalhador.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João - *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990.

- “Flexibilidade e polivalência”. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coimbra: Almedina, 1998, p.135-144.

- “Contrato de trabalho e direitos fundamentais” (Texto-base da comunicação apresentada no II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, realizado em Lisboa em 19 e 20 de Novembro de 1998). *Direito do Trabalho-Memórias*. Coimbra: Almedina, 1999, p.103-114.

- “O Código do Trabalho e a Constituição”. Questões Laborais. Ano X, nº 22, 2003, p.123-154.

- “A Mobilidade dos trabalhadores e o Código do Trabalho - Breves considerações” Prontuário do Direito do Trabalho. Nº68, 2004, p.41- 51. (Também publicado na monografia *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.190-202).

- *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- *Contrato de trabalho e direitos fundamentais* (Dissertação de Doutoramento). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

- “Flexibilidade funcional”. Themis. Ano VI, nº 10, 2005, p.151-162. (Também publicado em *O Direito do Trabalho nos grandes espaços – entre a codificação e a flexibilidade. Actas do Encontro Iberoamericano na Universidade Católica Portuguesa, em 23-24 de Abril de 2003*. Coordenação: Xavier, Bernardo da Gama Lobo. Lisboa: Universidade Católica, 2005, p.132-140).

Acordo de concertação social de curto prazo. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano XXXVIII (XI da 2ª Série), nºs 1-2-3-4, 1996, p. 405-425.

AMADO, José Leal - *Contrato de trabalho – à luz do novo Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de Andrade – “*Teoria geral da relação jurídica*”. Vol.I, Coimbra:Almedina, 1983.

ASSIS, Rui – *O poder de direcção do empregador – Configuração e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BIRK, Rolf – “Competitividade das empresas e flexibilização do direito do trabalho”. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Tradução de Fernando A.Ferreira Pinto do texto em alemão. Ano XXIX (II da 2ª Série), nº3, 1987, p.281-307.

BRITO, Pedro Madeira de (et.al) – *Código do Trabalho – anotado*. 2ª ed. revista. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, António Nunes de - “Jus variandi e horário de trabalho” (comentário ao Ac. do TRL de 20 de Março de 1991). Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano XXXIX (VII da 2ª Série) – nºs 1-2-3 ,1992, p.133 a 145.

- “Jus variandi e promoção” (comentário ao Ac. do TRL de 12/06/1991). Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano XXXIX (VII da 2ª série) – nºs 1-2-3, 1992, p.129 a 132.

- “Reflexões sobre a categoria profissional (a propósito do Código do Trabalho)”. Estudos de Direito em homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea. Coimbra: Almedina, 2004, p. 123-161.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Martins – *Constituição da República Portuguesa* – anotada. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO, Catarina Nunes de Oliveira – “O exercício do ius variandi no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional”. *Juris et de jure* – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto. Porto: Universidade Católica Portuguesa (Porto), 1998, p.1031-1059.

- *Da mobilidade dos trabalhadores no âmbito dos grupos de empresas nacionais*. Porto: Universidade Católica, 2001.

CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1994.

- *Tratado de Direito Civil Português – I (Parte Geral)*. Tomo I. Coimbra, 1999.

CORREIA, João – “Da boa fé na execução do contrato de trabalho”. IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho, Memórias. Coimbra: Almedina, 2007, p.293 – 303.

DIAS, Amadeu - ,” Polivalência funcional (alteração do artº 22º da Lei Geral do Trabalho)”. Questões Laborais. Ano IV , nºs 9-10, 1997, p.38 – 60.

DRAY, Guilherme (et. al.) – *Código do Trabalho – anotado*. 2ª edição revista. Coimbra: Almedina, 2004.

FERNANDES, António de Lemos Monteiro - “A categoria profissional e o objecto do contrato de trabalho”. Questões Laborais. Ano V, nº 12, 1998, p.121-161.

- “Reflexões acerca da boa-fé na execução do contrato de trabalho. V Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias. Coimbra: Almedina, 2003, p.109-126.

- *Direito do Trabalho*. 13ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.

GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Relações individuais do trabalho*. 1º volume. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

JAVILLIER, Jean-Claude – *Droit du Travail*, 7ª edição, Paris: L.G.D.J.(Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1999.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Código do Trabalho anotado*. Coimbra: Almedina, p.2003.

LEITE, Jorge - “Flexibilidade funcional”. Questões Laborais. Ano IV, nºs 9-10, 1997, p.6-37.

- *Direito do Trabalho*. Vol.I, Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra – Serviço de Textos, Coimbra, 1999, p.119.

MARTINEZ, Pedro Romano (et. al.) - *Código do Trabalho anotado*. 2ª edição revista. Coimbra: Almedina, 2004

- *Direito do Trabalho*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.

MENDES, João de Castro – *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 1995.

MIRANDA, Jorge - “A Constituição laboral ou de trabalho”. Estudos do Instituto do Direito do Trabalho. Vol I. Coimbra: Almedina, 2001, p.17-19.

MONTEIRO, Luís Miguel Henriques - “Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho”. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano XXXII (V da 2ª Série) – nºs 1-2-3-4, 1990, p.316 - 328.

- “Polivalência Funcional”. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol.I, Coimbra: Almedina, Ano 2001, p.295 – 314.

MORAIS, ISALTINO (et. al.) – *Constituição da República Portuguesa – anotada e comentada*. Lisboa: Rei dos Livros, 1983.

MOURA, José Barros – *Compilação de Direito do Trabalho: sistematizada e anotada*. Coimbra: Almedina, 1980.

PIMENTEL, Meneres – “Flexibilidade e e polivalência”. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coimbra: Almedina, 1998, p.97-102.

PINTO, Alexandre Mota – “Notas sobre o contrato de trabalho de adesão (de acordo com o direito vigente e o Código do Trabalho)”. Questões Laborais. Ano X, Nº 21, 2003, p.34 a 73.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª reimpressão. Coimbra : Coimbra Editora, 1980.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - “Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa”. Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço, vol.II, Coimbra: Almedina, 2002, p.343-415.

- *Estudos de Direito do Trabalho*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003.

- *Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais*. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

REBELO, Glória, “Para uma organização qualificante: da importância dos conceitos de actividade e de mobilidade funcional no Código do Trabalho”. Questões Laborais. Ano XII, nº 25, 2005, p.1 a 14.

Relatório Dahrendorf. “A flexibilidade do mercado do trabalho”. Revista de Direito e Estudos Sociais. Ano XXX (III da 2ª Série), nº 1, 1988, p.113-142.

RIVERO LAMAS, Juan – “O despedimento modificativo e as suas variantes – A experiência espanhola e o projecto de Código do Trabalho Português - Código do Trabalho – Alguns aspectos cruciais”. Tradução de Teresa Rapoula. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa/Faculdade de Direito, 2003, p.9-28.

SILVA, Maria Manuela Maia da - “Mobilidade funcional (Reflexões para um novo entendimento da mobilidade funcional do trabalhador, no contexto da relação de trabalho. Um estudo comparativo”. Questões Laborais. Ano IV, nºs 9-10, 1997, p.61 - 80.

VEIGA, António Jorge de Motta – *Lições de Direito do Trabalho*. 8ª edição revista e actualizada. Lisboa: Universidade Lusíada, 2000.

VICENTE, Joana Nunes – “A falsidade do motivo justificativo no contrato a termo de interinidade (nótula a partir de alguma jurisprudência nacional)”, trabalho que se encontra no prelo para publicação no Prontuário do Direito de Trabalho, nº 82, Janeiro-Abril, 2009.

VILAR, António – “Flexibilidade e polivalência funcional”. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coimbra: Almedina, 1998, p.147-168.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo Xavier – “A determinação qualitativa da prestação de trabalho”. Separata da revista Estudos Sociais e Corporativos. Ano III, nº 10, 1964.

- “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”. Revista de Direito e Estudos Sociais. Ano XXVIII (I da 2ª Série), nº 4, 1986, p.517-569.

- *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª edição com aditamento actualizado. Lisboa: Verbo, 1995.

– “A mobilidade funcional e a nova redacção do artº 22º da LCT”. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano XXXIX (XII da 2ª Série), nºs 1-2-3, 1997, p. 51-130.

- “Polivalência e mobilidade”. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Coimbra: Almedina, 1998, p.105-131.